وزير اعظم ... محمد باشا ...

الثانی فتح القدیر لابن الهمام علی الهدایه

سنة ١٣٤ ...

عربیه

قد وقف هذه النسخة الجليلة سلطاننا الأعظم والخاقان المعظم
مالك البرين والبحرين خادم الحرمين الشريفين السلطان ابن السلطان السلطان
الغازي محمود خان وقفا صحيحا شرعيا لمن طالع واستفاد وتعلم واستعاد
أعظم الله تعالى أجره يوم التناد حرره الفقير أحمد شيخ
زاده المفتش بأوقاف الحرمين الشريفين
عفي عنهما

كتاب النفقات

مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت او من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الاجمع
ان كلما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفي ونفد وفي الشرع الادرار على الشيء بما
بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير باسباب الزوجية والقرابة والملك فبدا بالزوجات اذ هي الاصل في ثبوت النفقة للولد
لانه فرعها ثم بالسبب لا بعد والاصل في ذلك قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مرجع الضمير للوالدات
المتقدم ذكرهن قيل هي الزوجات وقيل هي المطلقات والاول هو الظاهر وقال تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر
عليه رزقه فلينفق مما اتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما اتاها وقال تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرا ابن مسعود
اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وقال عليه في خطبته بعرفة في حجة ما قدمناه في ضمن حديث جابر الطويل
فاتقوا الله في النسا فانهن عوان عندكم اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن ان لا يوطين فرشكم احد
تكرهونه فان فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف رواه مسلم وغيره وفي الصحيحين ان هندا
بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني الا ما اخذت من ماله بغير علمه فقال
عليه السلام خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك والاحاديث كثيرة في الباب وعليه اجماع العلما وما نقل عن
الشافعي رحمه الله من قوله ما رايت احدا اجبر على نفقة احد يجب تاويله والله اعلم بصحته قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود
لغيره اي لمنفعة ترجع الى غيره كان نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست مختصة
للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر انه فاسد رجع عليها بما اخذت ما لو انفق
عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل تزوج بامراة فظهر بها حبل فرجمت منه فان لم يعرف بان الحبل منه كان النكاح
فاسدا عند ابي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع اخر لا تستحقها عندهما ايضا لانه ممنوع عن
وطيها ولو اقر انه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطيها وتقدم اصله في المحرمات والله اعلم
قوله اصله العامل في الصدقات والمفتي والوالي والقاضي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة اذا قاموا
بدفع عدو المسلمين والنسا محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كن او لا ولو غنيات
وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل
الزوج اذا لم يطالب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحقها كمهرها لا تسقط النفقة ايضا وان كان لغير حق
حينئذ فلا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتاخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن ابي
حنيفة واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الاقطع الشيخ ابي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط
بالاجماع منظور فيه ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لانها سلمت
نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها قوله وعليه الفتوى اختار المصنف قول الخصاف
وقول الكرخي هو ظاهر الرواية وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة ان الصحيح
ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والاعسار في اعسارهما وانما يظهر الخلاف في الاختلاف كما

اذا كانت موسرة وهو معسر فعلى مختار المصنف يجب فوق نفقة المعسر ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه وعلى
ظاهر الرواية يجب في الاول نفقة الاعسار لانها وان كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسر
وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الاقسام التي بها يتم تفسير الخلاف فترك ما اذا كانت موسرة
والزوج معسر وكانه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما اذا كانت معسرة وهو موسر وكان الاولى ان يقول
فان كان احدهما موسرا والاخر معسرا واقتصر في الاستدلال للمذهب الخصاف على حديث هند وقال فاعتبر
حالها ووجهه انه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط يعني اذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث بطل قول من يعتبر فقط
ثم اعتبار حاله ثابت لا بد منه باتفاق القايلين القايل باعتبار حاله والقايل باعتبار حالهما فيلزم اعتبار حالهما
ويورد عليه ان حديث هند خبر واحد وقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما اتاه
الله مطلق في اعتبار ثبوت حال الموسر معسرة كانت الزوجة او لا والمعسر معسرة كانت او لا فاعتبار حالها زيادة
موجبة لتغيير حكم النص اذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه عدمها وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها
وذلك لا يجوز وافاد المصنف دفع هذا بقوله واما النص فنحن نقول بموجبه انه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته
فانه يفيد ان المفاد بالنص اعتبار حاله في الانفاق ونحن نقول ان المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا ينفي اعتبار حالها
في قدر ما يجب لها والحديث افاده فلا زيادة على النص لان موجبه تكليفه باخراج قدر حاله والحديث افاد اعتبار حالها
في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بان يكون الواجب عليه اكثر مما اذا كانت موسرة وهو معسر ويخرج قدر حاله
فبالضرورة يبقى الباقي في ذمته اللهم الا ان يقال لا يجوز علمه عليه السلام بان زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله
واطلق لها ان تاخذ كفايتها وهذا ليس فيه اعتبار حالها فان الكفاية تختلف ثم هذا البحث يتجه بالنسبة الى هذه
الاية اما بالنسبة الى قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فلا لانه اعتبر في نفس الواجب المفاد بلفظ
على حاله الا ان هذه في المتعة لا في النفقة ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بنا على انها ليست مسلوكا بها مسلك
الكسوة بل هي بدل نصف المهر او ان قوله متاعا بالمعروف لا يقيده بالقدرين اي على الموسع قدره مع قدرها
وكذا الاخر وهذا لان المعروف ان لا يدفع للفايقة ما يدفع للفقيرة قوله وهو الواجب اي الوسط هو الواجب باعتبار
حالهما وقد يقال لا يمشي على جميع اقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في اوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والاعسار
فان الواجب فوق نفقة الاعسار ودون نفقة اليسار وهذا اوسط واما في يسارهما فيمكن ان يقال يجب نفقة هي وسط في اليسار
واما في اعسارهما فيجب ايضا نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد فانه اذا فرض ان اعتبارهما غاية في الاعسار فانما
تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله او حالهما لا يوجب غير ذلك والوجه ان المراد بالمعروف في قوله عليه السلام خذي
من ماله بالمعروف ما يكفيك ان يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف في متوسطة الحال ان كفايتها دون كفاية الفايقة
فيجب لذلك ليساره عند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل ان على القاضي اعتبار الكفاية
بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام
لان الخبز لا يوكل الا مادوما قوله لان ما وجب كفاية لا يتقدر شرعا في نفسه لانه يختلف باختلاف الطبايع واحوال
الناس وباختلاف الاوقات وفي المبسوط وكل جواب عرف من اعتبار حاله او حالهما في النفقة في الكسوة مثله
واذا اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل واشار شيخ الاسلام الى ان القول لها
انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتاخرين من قال ينظر الى زيه ان كان زي الاغنيا فالقول لها وان كان القول قوله
ولا بينة لها فسالت القاضي ان يسال عن يساره في السر ليس ذلك على القاضي وان فعله فاتاه عنه انه موسر لم يقض

عليه نفقة الموسر الا ان يخبره بذلك عدلان انهما علما ذلك ويكونا بمنزلة الشاهدين فان اخبراه من وراء
لم يوجد بقولهما فان اقامت البينة انه موسر فاقام الزوج انه محتاج اخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في
كافي الحاكم قوله حتى تعود الى منزله يفيد ان النشوز المستعقب بسقوط النفقة ماخوذ فيه خروجها من منزله
والتحرير ان الماخوذ فيه عدم موافقتها على المجي الى المنزل سوا كان بعد خروجها او امتنعت عن ان تجي الى منزله
ابتدا بعد ايفائه معجل مهرها او عدم تمكينها اياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه
قبل ان تساله ان يحولها الى منزله او يكتري لها منزلا فان كانت سالته في ذلك لتنتفع بملكها فابى فمنعته الدخول
كان لها النفقة وفي الفتاوي لو قالت انما خرجت لانك ساكن في ارض مغصوبة لا تكون ناشزة وفي الفتاوي للنسفي
لو كان بسمرقند وهي بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها فابت لعدم المحرم لها النفقة قوله لا يستمتع بها اي لا توطا
وصرح في الذخيرة بان المراد من الاستمتاع الوطي وبه قيد الحاكم فقال لا نفقة للصغيرة التي لا تجامع فلا نفقة لها
الى ان تصير الى حالة تحتمل الوطي سوا كانت في بيت الزوج او الاب واختلف فيها فقيل اقلها سبع سنين وقال العتابي
اختيار مشايخنا تسع سنين والحق عدم التقدير فان احتماله مختلف باختلاف البنية وعلى قولنا جمهور العلما
والشافعي في قوله المختار عندهم وفي قول له تجب ولو كانت في المهد لاطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية
قلنا اما قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن فرجع الضمير الى الوالدات فلا يتناول الصغيرة واما قوله تعالى لينفق
ذو سعة من سعته فانما فيه الامر بالانفاق لمعنى على من يستحقها ولم ينص على مستحقها فثبوت من يستحقها من خارج على
انه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن الا ترى ان ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك
البعض بالدليل الذي يعينه واما حديث جابر فقوله عليه السلام فيه ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف فرجع
الضمير فيه النسا اللاتي حللن فروجهن ونقول لا يحل فروج من لا تطيق الجماع فانه اهلاك او طريقه ولو سلم
فالاتفاق على ان عمومه غير مراد فان الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو
ما ذكره في الوجه وحاصله ان الزوجة اجنبية فاستحقاقها النفقة اما ان يكون لذلك النوع من ملك الولد عليها
على قصوره لحاقا بالملك القاصر بالملك الكامل في المرقوقة او لاحتباسها لاستيفا المنفعة المقصودة من التزوج
اعني الوطي او دواعيه او لاحتباسها مطلقا لا يجوز الاول لان ايجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم ايجابها بسبب
ملك ناقص اذ ليس هو في معناه الا ان يكون ايجابها في الكامل لمعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فيجب فيه لذلك
المشترك لا للملك ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على احد الاوجه التي ذكرناها وسنوردها وجها وجها وايضا
عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة ايضا عوضا والا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ولا يمكن جعل العوض الواحد
مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على الف وعبد لان الملك المعوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون
عوضه يثبت ايضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لانها تجب شيا فشيا وهو الاحتباس نظرا الى بقايه وهذا طريق المصنف
وعلى هذا الجواب بقول النفقة في المرقوقة ايضا جزا الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي
من جملته الوطي وان امكن لا للملك وهو حق الا ترى انه لا نفقة للابق مع قيام الملك ولا يجوز الاخير لانتفائها
بالناشزة ولا ما قبله لعرض انتفا الدواعي بانتفاء كونها ممن توطا واما الثاني فهو العلة لظهور اثره في حق
القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم واما لم نقل بعين الثاني عقيب ابطال الاقسام لئلا
يكون سبرا فلما اثبتنا المناسبة بظهور الاثر لم يبق الا صورة السبر وانما هو في الحقيقة اثبات علته بما عينا
بظهور اثره وابطال ما عينوه هذا وقد نقض بالرتقا والقرنا والتي اصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي

لا يمكن وطيها لكبرها فان لهن النفقة ولا احتباس للوطي واجيب بان المعتبر في ايجاب النفقة احتباس
ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع او الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود
في هولاي بان تجامع فيما دون الفرج بخلاف الصغيرة التي لا تجامع مثلها فانها لا تكون مشتهاة اصلا فلا
تجامع فيما دون الفرج حتى ان كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ولا يستنكر ذلك في العجوز
والمريضة قالوا فعلى هذا التعليل اذا كانت صغيرة مشتهاة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة
كذا في الذخيرة وعلى هذا من قيد الصغيرة بكونها لا تشتهي للجماع فرض محال لانه قال اذا لم يكن بحيث
تشتهي للجماع لا تكون مشتهاة للجماع فيما دون الفرج وهنا شي وهو ان قولنا الصغيرة التي لا توطا مثلها
هل معناه لا تشتهي للوطي او لا تطيق الوطي فان كان الاول فالملازمة حقة وان كان الثاني فان ثبت
التلازم بين عدم الاطاقة وعدم الاشتها فكذلك والا فهو فرض صحيح والظاهر التلازم بنا على ان الا[illegible]
عدم الاطاقة مطلقا ولا من واحد ممن يطيق الوطي والظاهر ان من كانت بحيث تشتهي للجماع فيما دون
الفرج فهي مطيقة للجماع في الجملة وان لم تطيقه من خصوص زوج مثلا فيجب لها النفقة ومن لا فلا يجب
لها النفقة وفي خزانة الفقيه ابي الليث عشر من النسا لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة
اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم فذهب بها والمحبوسة في دين والمسافرة بحج اذا لم يكن معها
زوجها والامة اذا لم يبوها مولاها والمنكوحة نكاحا فاسدا والمرتدة والمتوفى عنها زوجها
والمراة اذا قبلت ابن زوجها او اباه بشهوة قوله وان كان صغيرا الى اخره العجز من الطرفين منفردا ولم
يذكر حكمه عن الطرفين جميعا بان كانا صغيرين لا يطيقان ولو اعتبر جانبه تجب ولو اعتبر جانبها لا تجب وفي
الذخيرة لا نفقة لها واكثرها في الباب ان يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهتها قايم ومعه لا
تستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لا تصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ولا يخفى امكان
عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيجب الى اخره والتحقيق ان النفقة لا تجب الا للتسليم
لاستيفا منافعها المقصودة بذلك التسليم فبعدم وجوبها معه او عدمها فلا تجب في الصغيرين وتجب
في الكبيرة تحت الصغير قوله وعن ابي يوسف لها النفقة في صورتي حبسها وغصبها لانه لا منع من جهتها
واختاره السغدي والفتوي على الاول وهو قول محمد لان النفقة عليه عوضا عن احتباسه اياها غير
انه اذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فيجب مع فواته فاذا كان لا لمعنى من جهته لم
يكن تقديره قايما ففات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير فتعذر بعدمه بتعدم الحكم ونظيره ما غصب
الغير من يد المستاجر بخلاف ما لو حبس هو ظلما او في حق يقدر على ايفايه او لا يقدر او هرب او ارتد او
اسلمت وابي هو الاسلام او طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبله حتى لا تسقط النفقة كالفرقة
بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاة او بسبب الجب والعنة ما دامت في العدة حيث تجب لها النفقة
لفواته من جهته حقيقة او معنى وان لم يكن له تعمل فيه قوله ولذا الى اخره اي لا نفقة لها اذا خرجت
مع محرم بخلاف ما اذا حجت مع الزوج فان لها النفقة اتفاقا قوله لان اقامة الفرض عذر قلنا نعم ولكنه
من جهتها والاحتباس الفايت انما يجعل باقيا تقديرا اذا كان الفوات من جهته ثم اذا وجبت عليه فالواجب
نفقة الحضر لان المعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لان هذه الزيادة لحقتها
بازا منفعة تحصل لها فلا يكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه قوله لما قلنا اي من

نفقة الحضر هي المستحقة واجمعوا على ان الصوم والصلوة لاتسقط النفقة **قوله** ويمسها اي يمسكها
استمتاعا ويدخل في مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب لها
وكذلك الرتقاء والقرناء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستيناس والله اعلم **قوله** قالوا
هذا حسن وفي لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله وان مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها
صحيحة ثم طرا المرض ولايخفى ان اشارة الكتابات هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل
التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها في منزله ومنها وقد
انه مختار بعض المشايخ ورواية عن ابي يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهي الاصح تعلقها
بالعقد الصحيح ما لم يقع نشوز فالمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن ابي يوسف
وهذه فرعيتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستيناس
والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية قال في الاصل نفقة المراة واجبة على الزوج وان مرضت وجنت
او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت حتى لايستطاع جماعها وفي شرح الطحاوي اذا كبرت ولا تطيق الجماع او
رتق يمنع الجماع او قرن كان لها النفقة وقال الحلواني قالوا اذا مرضت مرضا لايمكن الانتفاع بها
بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لاتسقط وهذا تقييد
للاول قال في الخلاصة لو كانت مريضة ومعها زوجها او لا قبل الدخول او بعده يجب وفي الاقضية
لو كانت محرمة او رتقا او قرناء يجب وفي الجامع الكبير سواء اصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت الى بيت
الزوج او قبله فيما اذا لم يكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية وعن ابي يوسف لانفقة للرتقاء
والمريضة التي لايمكن وطؤها قبل ان ينقلها وان انتقلت من غير رضاه يردها الى اهلها اما اذا نقلها هو الى بيته
مع علمه بذلك لا يردها الى اهلها انتهى كله من الخلاصة وبه يظهر لك ما حكيناه فيمن اختار قول ابي يوسف ثم
عن ابي يوسف في التي مرضت في منزله اذا تطاول مرضها يعتبر كالرتقاء **قوله** وتفرض على الزوج النفقة
الى اخره قال المصنف والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وهو اعتذار عن تكرر نفقتها ولايخفى على متامل ان
التكرار ليس بلازم اصلا ليحتاج الى الاعتذار عنه فان ما تقدم ليس الا بيان وجوب النفقة للزوجة على
الزوج وبيان وجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض القاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فان الفرض قد
يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الاقضية الرجل اذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن
هي من التناول قدر كفايتها ليس لها ان تطالب زوجها بفرض النفقة وان لم يكن على هذه الصفة تفرض
اذا طلبت فاذا ما قلنا ثم اذا فرض فالزوج هو الذي يلي الانفاق الا اذا ظهر عند القاضي مطله فحينئذ
يفرض النفقة ويامره ان يعطيها لتنفق على نفسها فان لم يعط حبسه كذا في الخلاصة وفيه اليسار اثره
في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع فعند عدمه ينتفي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم
ثم يعتبر في الفرض الاصلح والايسر ففي المحترف يوما بيوم اي عليه ان يدفع نفقة يوم بيوم لانه قد لايقدر
على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة وهذا بناء على ان عليه ان يعطيها معجلا ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم
الذي يلي ذلك المساء لتتمكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم وان كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر
او من الدهاقين فنفقة سنة بسنة او من الصناع الذين لاينقضي عملهم الا بانقضاء الاسبوع كذلك
ولو فرض عليه اكثر من قدر حاله له ان يمتنع عن اعطاء الزائد وفي الاقضية يفرض الادام ايضا اعلاهم

وادناه الزيت واوسطه اللبن وقيل في الفقيرة لايفرض الادام الا اذا كان خبز شعير ولحق الرجوع
في ذلك الى عرفهم ويعتبر فيما على الزوج الحطب والصابون والاشنان والدهن للاستصباح وغيره
وثمن ماء الوضوء عليها فان كانت غنية تستاجر من ينقله ولا تنقله بنفسها وان كانت فقيرة فاما ان ينقله
الزوج لها او يدعها تنقل بنفسها وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوي لانه مؤونة الجماع وفي
كتاب رزين جعله عليها وفصل في ماء الطهر من الحيض بين ان يكون حيضها عشرة ايام فعليها او اقل فعليه
واجرة القابلة على من استاجرها من الزوجة والزوج فان جاءت بغير استيجار فلقائل ان يقول عليه لانه
مؤونة الجماع ولقائل ان يقول عليها كاجرة الطبيب وفي المحيط اذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا
لها من نفقتها كان له ذلك بخلاف ساير الديون حيث تقع المقاصة وان لم يتقاصا وتفرض الكسوة كل
ستة اشهر الا اذا تزوجها ولم يبعث اليها الكسوة فان لها ان تطالبه بها قبل مضي ستة
اشهر والكسوة كالنفقة في انه لايشترط مضي المدة وللزوج ان يرفع الى القاضي ليامرها بلبس الثوب
لان الزينة حقه واذا فرض لها كسوة لستة اشهر فتخرقت قبل مضيها ان لبست لبسا معتادا تبين ان ذلك
لم يكفها فيجدد لها لتبين خطائه في التقدير وان تخرقت لخرق واستعمالها لايفرض لها اخرى ولو سرقت
الكسوة او هلكت النفقة لايفرض لها اخرى بخلاف المحارم ولو لم تلبس حتى مضت ستة اشهر تفرض لها
اخرى بخلاف المحارم كذا في الاقضية ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا تجدد لها الكسوة
اذا فرغ الفصل ولو لبست دائما ولم تتخرق لم تجدد لها اذا فرغ الفصل ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد
انقضاء المدة او بقي منها شيء في الشهر الاخر ايضا يفرض وفي المحارم لايفرض وفي ادب القاضي للخصاف يفرض
قميص ومقنعة وملحفة وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرته ويسرته ذكر الخصاف رحمه الله
السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ولم يذكره محمد اصلا قال السرخسي لم يوجبه محمد لا الازار لانه لايخرج
وليس لها ذلك ولهذا لم يوجب لها المكعب والخف انتهى وقيل اختلاف عرف والعرف ايجاب السراويل
في الصيف والشتاء للبسه في البيت فالقاضي ينظر الى العرف كل قوم فيفرض بالمعروف فعلى المعسر في المحرم
درع هودي وملحفة رطبية وخمار سابوري ارخص ما يكون مما يدفيها في الشتاء وعلى الموسر درع يهودي
او هروي وملحفة دينورية وخمار ابريسم وكساء اذربيجاني ولها في الصيف درع سابوري وملحفة
كتان وخمار ابريسم فذكر في الاصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء الا ان القميص يكون مجيبا من قبل
الكتف والدرع من قبل الصدر ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم وفي كسوة الخادم ذكروا الازار
والخف والمكعب وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ما تنام
عليه وينبغي ان يكون لها فراش على حدة ولايكتفى بفراش واحد لهما لانه قد يعتزل في الحيض والمرض وفي
الاثر فراش لك وفراش لاهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان واذا ارسل ثوبا فاختلفا فقالت
هدية وقال من الكسوة فالقول له فان اقاما البينة على اقرار كل منهما بدعوى الاخر وعلى نفي مدعاه
فالبينة بينة الزوج لانه هو المدعي للقضاء وكذا في دراهم فقالت هدية وقال كنفقة او قال من المهر
وقالت نفقة وكذا في جميع قضاء الديون اذا كانت من وجوه مختلفة **قوله** ووجهه ان كفايتها
الى اخره ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها او اعم منه قال بعضهم المملوك فلو لم يكن لها لا تستحق
وقال بعضهم كل من يخدمها حرة او امة لها او لغيرهما وفي الفتاوي الصغرى لو كانت المنكوحة امة لا تستحق

نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الاشراف ويوافقه ما قيد به الفقيه ابو الليث كلام الخصاف حيث
قال في ادب القاضي فرض ما احتاج اليه من الدقيق والدهن واللحم والادام فقال لا اخبز ولا اعجن
ولا اعالج شيا من ذلك لا تجبر عليه وعلى الزوج ان ياتي من يكفيها عمل ذلك قال الفقيه هذا اذا كان
بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز او كانت ممن لا تباشر ذلك بنفسها فان كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على
ذلك لا يجب عليه ان ياتيها بمن يفعله وفي بعض المواضع تجبر على ذلك قال السرخسي لا تجبر ولكن اذا لم
تطبخ لا يعطيها الادام وهو الصحيح وقالوا ان هذه الاعمال واجبة عليها ديانة ولا يجبرها القاضي على ما
سنذكره ايضا ان شاء الله تعالى قوله وقال ابو يوسف لخادمين وهكذا ذكر في فتاوى اهل سمرقند
ووجه الدفع ظاهر من الكتاب قوله ولانه لو تولى اي الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا فكذا
يمنع هذا على رواية عن ابي يوسف في الاقضية لو قال الزوج انا اخدمها عن ابي يوسف لا يقبل منه ذلك
وقال بعض مشايخنا يقبل وعن ابي يوسف في رواية اخرى اذا كانت فايقة في الغنى زفت اليه مع خدم
كثير استحقت نفقة الكل عليه وفي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي قوله خلافا لما يقوله محمد
رحمه الله وهو انه اذا كان لها خادم يفرض لها لانها لم تكتف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا وجه
الظاهر انه بحيث تكتفي بخدمة نفسها وانما الخادم لزيادة التنعم فلا يلزمه الا حالة اليسار لان المعسر
انما يلزمه ادا الكفاية فقط وهذا خلاف ما ذكر المصنف من لزوم اعتبار حالهما وانه عند اعساره
دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه يجب النفقة الخادم دينا عليه ولو لم يكن للمراة خادم
لا تجب لها نفقته لان استحقاقها لدفع حاجتها الى نفقة الخادم انما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي
اذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية للخادم في بيت المال والغازي اذا شهد الوقيعة بلا فرس واغنى غناء
الفارس لا يسهم له سهم الفرس والله اعلم ولو كانت له اولاد لا يكفيه خادم واحد فرض عليه لخادمين
او اكثر اتفاقا وفي التجنيس امراة لها مماليك قالت لزوجها انفق عليهم من مهري فانفق ثم قالت لا
احتسبها من المهر لانك استخدمتهم فما انفق بالمعروف محسوب عليها لانه بامرها قوله ومن اعسر بنفقة
امراته الى اخره بقولنا قال الزهري وعطاء بن يسار والحسن البصري والثوري وابن ابي ليلى وابن شبرمة
وحماد بن ابي سليمان والظاهرية ومعنى الاستدانة ان يشتري الطعام على ان يؤدي الزوج ثمنه
وقال الخصاف الشرى بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج وبقول الشافعي قال مالك واحمد في
ظاهر قوله وعنه رواية كقولنا وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة وهذا التفريق فسخ عند الشافعي
واحمد طلاق عند مالك ولو امتنع عن الانفاق عليها مع اليسار لم يفرق ويبيع الحاكم ماله عليه ويصرفه
في نفقتها فان لم يجد ماله يحبسه حتى ينفق عليها ولا يفسخ وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال ثم اعلم ان
ظهور العجز عن النفقة انما يكون اذا كان الزوج حاضرا اما اذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة
فرفعت الامر الى القاضي فكتب القاضي الى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة
قال الشيخ الامام ابو الحسن السغدي نعم اذا تحقق العجز عن النفقة قال صاحب التجنيس في هذا الجواب
نظر والصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق
لا العجز عنه فان رفع هذا القضا الى قاض اخر فامضاه جاز قضاؤه والصحيح انه لا ينفذ لان هذا القضا
ليس في مجتهد فيه لما ذكرناه ان العجز لا يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الامام الاسترشوني فيكون

فيكون الشهود علمت بمجازفتهم فلا يقضي بها كما ذكر ظهير الدين واعلم ان الفسخ اذا غاب ولم يترك
لها نفقة يمكن بغير طريق اثبات عجزه بمعنى فقره وهو ان تتعذر النفقة عليها قال القاضي ابو الطيب
من الشافعية اذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ قال في الحلية وله وجه جيد فلا يلزم
نحو ما قال ظهير الدين قوله لانه عجز الى اخره هذا استدلوا بالمنقول والمعقول اما المنقول فما في سنن
النسائي عن ابي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام وساق الحديث الى ان قال وابدأ بمن تعول فقيل
من اعول يا رسول الله قال امراتك تقول اطعمني والا فارقني خادمك يقول اطعمني واستعملني ولدك
يقول الى من تتركني هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن ابي ايوب عن محمد بن عجلان
عن زيد بن اسلم عن ابي صالح عن ابي هريرة وسعيد ومحمد وقال الدارقطني ثنا ابو بكر الشافعي ثنا محمد بن
بشر بن مطر ثنا شيبان بن فروخ ثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن ابي صالح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال المراة تقول لزوجها اطعمني او طلقني الحديث وقال الدارقطني ثنا عثمان بن احمد السماك وعبد الباقي
ابن قانع واسمعيل بن علي قالوا اخبرنا احمد بن علي الخزاز ثنا اسحق بن ابراهيم الباوردي ثنا اسحق بن منصور
ثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امراته قال يفرق بينهما
وبهذا الاسناد الى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن ابي صالح عن ابي هريرة عنه عليه السلام مثله وقال
سعيد بن منصور في سننه ثنا سفيان عن ابي الزناد قال سالت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على
امراته ايفرق بينهما قال نعم قلت سنة قال سنة وهذا ينصرف الى سنته عليه الصلاة والسلام وغايته
ان يكون من مراسيل سعيد والشافعي يقول بها وانتم تقولون بالمرسل مطلقا واما المعقول فالقياس على الجب
والعنة بل اولى لان البدن يبقى بلا وطي ولا يبقى بلا قوت وايضا منفعة الجماع مشتركة بينهما فاذا
ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه ففي عدم المختص بها اولى وقياسا على المرقوق فانه يبيعه اذا اعسر
بنفقته قوله ولنا اي لنا المنقول والمعنى اما المنقول فقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة
وغاية النفقة ان تكون دينا في الذمة وقد اعسر بها الزوج فكانت المراة مامورة بالانظار بالنص واما
المعنى فهو ان في الزام الفسخ ابطال حقه بالكلية وفي الزام الانظار عليها والاستدانة عليه تاخير حقها
دينا عليه واذا دار الامر بينهما كان التاخير اولى وبه فارق الجب والعنة والمملوك لان حق الجماع لا
يصير دينا على الزوج ولا نفقة المملوك تصير دينا على المالك وتخص المملوك ان في الزامه بيعه ابطال حق
السيد الى خلف هو الثمن فاذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في الزامه بيعه اذ فيه تخليص المملوك
من عذاب الجوع وحصول بدله القايم للسيد بخلاف الزام الفرقة فانه ابطال حقه بلا بدل وهو لا
يجوز بدلالة الاجماع على انها لو كانت ام ولد فعجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه واما المروي عن
سعيد بن المسيب في قوله انه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبت عنه اطلاق
مثل ذلك غير مريد به ذلك قال الطحاوي كان زيد بن ثابت يقول المراة في الارش كالرجل الى ثلث الدية
فاذا زاد على الثلث فحالها على النصف من الرجل قال ربيعة بن عبد الرحمن قلت لسعيد بن المسيب ما تقول
فيمن قطع اصبع امراة قال عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين قال عشرون من الابل قلت فان قطع ثلثا
قال ثلثون من الابل قلت فان قطع اربعا من اصابعها قال عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد
مصابها قل ارشها قال انه السنة قال الطحاوي لم يكن ذلك الا عن زيد بن ثابت فسمى قوله سنة فيكون ما قاله

اعتمادا على ما عن ابي هريرة موقوفا عليه هذا بعد تسليم صحته والا فقد روي عن سعيد كقولنا فاضطرب المروي عنه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر واما المروي عن ابي هريرة مرفوعا عند النسائي والدارقطني فلا شك في ان رفعه غلط وانما هو من قول ابي هريرة روى البخاري في صحيحه من حديث ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم افضل الصدقة ما ترك غنا وفي لفظ ما كان عن ظهر غنى واليد العليا خير من اليد السفلى وابدا بمن تعول تقول المراة اما ان تطعمني واما ان تطلقني ويقول العبد اطعمني واستعملني ويقول الولد اطعمني الى من تدعني قالوا يا ابا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس ابي هريرة فثبت انه موقوف عليه بلا اشتباه ثم ليس في قول ابي هريرة هذا ما يدل على ان الزوج يلزم بالطلاق وكيف وهو كلام عام منه لا اخص المعسر ولا الموسر ولا خلاف ان الموسر اذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يحبس على احد الامرين عينا وهو الانفاق فعلى هذا لو سلم انه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الارشاد الى ما ينبغي بما يدفع به ضرر الدنيا مثل واشهدوا اذا تبايعتم يعني ينبغي ان تبدا بنفقة العيال والا قالوا لو الك مثل ذلك وشوشوا عليك اذا استهلكت النفقة لغيرهم كما ذكرنا واما ما تقدم من رواية الدارقطني عن ابي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث ابي هريرة الذي سبق ذكره من رواية النسائي وروايته **قوله** احالة الغريم على الزوج اي وان لم يرض الزوج وفي التحفة فايدة الامر بالاستدانة ان لصاحب الدين ان ياخذ دينه من الزوج او من المراة وبدون الامر بالاستدانة ليس لرب الدين ان يرجع على الزوج بل عليها وهي ترجع على الزوج وهذا لان الاستدانة ايجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وفايدة اخرى وهي انها لا تسقط بموت احدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحمل على ما سيذكر ان شاء الله تعالى وفي شرح المختار المراة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر او اخ فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن او الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا ايسر ويحبس الابن او الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف قال شارح الكنز تبين بهذا ان الادانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر اولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب **قوله** تمم لها نفقة اليسار هكذا مشى عليه ايضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بانه نوع تناقض بان ما ذكره اول الباب قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخي ولو كان فرض على قدر حاله او حالها مقدارا بناء على السعر كان لها ان تطالبه بان يزيد في الفرض ولو كان بالعكس كان للزوج ان ينقص **قوله** وما قضي به تقدير النفقة لم يجب لان النفقة تجب شيا فشيا في المستقبل فلا يتقرر بحكم القاضي فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله **قوله** لم ينفق عليها بان غاب عنها او كان حاضرا وامتنع والحاصل ان نفقتها لا تصير دينا في ذمته الا بقضاء القاضي بفرض او اصطلاح على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار في ذمته دينا اذا لم يعطها وهو رواية عن احمد وفي رواية اخرى وهو قول مالك والشافعي تصير دينا عليه الا ان كانت اكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضي عند مالك والشافعي في الاصح **قوله** لانها صلة اي من وجه **قوله** وليست بعوض اي من كل وجه بل هو عوض من وجه دون وجه وذلك لانها جزاء الاحتباس من حيث الاحتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة

واصلاح امر المعيشة والاستيناس بي عوض ومن هذا الوجه وجبت على الكاتب ومن حيث انه لاقامة حق الشرع وامور مشتركة كاعفاف كل الاخر وتحصينه عن الفاسد وحفظ النسب وتحصيل الولد لتقيم التكاليف الشرعية هي صلة كرزق القاضي والمفتي فلا تملك الا بالقبض فلاعتبار انها عوض قلنا تثبت اذا قضي لها او اصطلحا لان ولايته على نفسه اعلى من ولاية القاضي عليه ولاعتبار انها صلة قلنا تسقط اذا مضت المدة من غير قضا ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الامكان وذكر في الغاية معزوا الى الذخيرة ان نفقة ما دون الشهر لا تسقط فكانه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه اذ لو سقطت بمضي يسير من الزمان لما تمكنت من الاخذ اصلا وهذا احق وقد تم الوجه وقوله في الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها الا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من اثبات انه صلة من وجه مترتب على ترددها بين الصلة المحضة والعوض المحض ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المراة ومن ادعى على امراة نكاحا وهي تجحد فاقام البينة لا نفقة لها وكذا اذا كان الزوج هو المنكر ولقايل ان يقول ينبغي ان تجب لانها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج والا فلا يخفى ما فيه من الاضرار وفتح باب الفساد خصوصا عند اضطرارها للنفقة مع حبسها **قوله** وان مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتهما واطلقه فشمل ما اذا كان القاضي امرها بالاستدانة او لم يامرها فوافق قول الخصاف والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد انه اذا كان امرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لان الاستدانة بامر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدانته بنفسه فلا تسقط بموت احدهما وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الامر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط **قوله** لان النفقة صلة والصلة تبطل بالموت فان قيل قد قلتم انه استحكم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه موكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي ان يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة فالجواب ان بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تاكد هذه الصلة فتصير صلة كغير الصلة واذا كان معنى الصلة باقيا اثر الموت في سقوطه بسبب انه يبطل الاهلية بالكلية فكان اقوى في ابطال الصلة فيحتاج للاستحكام بمجرد التاكيد بالقضاء **فرع** ابرا الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ان كانت غير مفروضة لا يصح لانه ابراء قبل الوجوب وان كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صح في الشهر الاول فقط وكذا لو قالت ابراتك من نفقة سنة لا تبرا الا من شهر الا ان يكون فرض لها كل سنة كذا لان القاضي اذا فرض كذا كل شهر فما لم يتجدد الشهر فما لم يتجدد ولم يتجدد الفرض لم يجب نفقة الشهر فلا يصح الابراء عنها ولو ابراته بعد مضي اشهر عما مضى وعما يستقبل بري عما مضى وعن شهر فيما يستقبل **قوله** وما بقي للزوج فرده وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما والموت والطلاق قبل الدخول سوا وفي نفقة المطلقة اذا مات الزوج اختلفوا فقيل ترد وقيل لا تسترد بالاتفاق لان العدة قايمة في موته وكذا في الاقضية **قوله** ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف القاضي ونحوه لان تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر ان يوخذ منه ويعطي لمن يلي بعده من القضاء **قوله** وعن محمد وهو رواية ابن رستم عنه لا ترد نفقة الشهر وما دونه فلهذا وضعها في السنة حتى لا يكون فيه خلاف عن محمد وكذا لو مضت نصف الشهر فمات احدهما والباقي شهر فاقل لا يرجع بشيء وفي الذخيرة نفقة العدة بمضي المدة كنفقة النكاح فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد وهل تقاس على الموت قال الحلواني فيه كلام وفي الحلا

من الفتاوي الصغرى عن الحلواني قال المختار عندي لا تسقط **قوله** فنفقتها دين عليه اي اذا
قضي القاضي لها فيباع فيها فاذا اشتراه من علم به او لم يعلم ثم علم فرضي ظهر السبب في حقه ايضا
فاذا اجتمعت عليه النفقة مرة اخرى يباع ثانيا وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جرا ولا
يباع مرة بعد اخرى لاجل دين النفقة لانها تتجدد شيا فشيا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر في حق السيد
فهو في الحقيقة دين حادث عند المشتري واما اذا لم يعلم المشتري بحاله او علم بعد الشراء ولم يرض له
فله رده لانه عيب اطلع عليه **قوله** باذن المولى لانه كان بغير اذنه فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة
ولو دخل بها طولب بالمهر بعد العتق ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا
يطالب المولى بشي لفوات محل الاستيفاء ولو كان مدبرا او مكاتبا او ولد ام ولد لا يباع بالنفقة لعدم
جواز البيع الا ان المكاتب اذا عجز يباع حينئذ لانه حينئذ قبل النقل هذا ولا نفقة تجب لولد العبد
عليه لان امه وان كانت امة فالولد عبد لمولاها فنفقته على المولى وان كانت حرة فولدها حر ولا تجب نفقة
حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده اجنبي منه وكذا المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امراته
حرة او امة لهذا المعنى واذا كانت امراة المكاتب مكاتبة وبهما المولى واحد فنفقة الولد على الام لان
الولد تابع للام في كتابتها حتى كان كسبا لولدها وكذا ارش الجناية عليه **قوله** في الصحيح احترز عما عن
الكرخي تنتقل الي قيمته لانها خلفه قال الشيخ ابو الحسين القدوري هذا ليس بصحيح لان النفقة تسقط
بالموت لانها في معنى الصلة والصلات تبطل بالموت قبل القبض والقيمة انما تقام مقام الرقبة في دين لا
يسقط بالموت **قوله** وان تزوج الحرامة قيد الحر اتفاقي لا فرق بين الحر والعبد والمدبر والمكاتب في عدم
وجوب النفقة قبل التبوئة وانما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الاولى فانه اذا لم يجب على الذي
هو ادخل في اهلية وجوب المال فيلزم ان لا يجب على من ذكر **قوله** لعدم الاحتباس اي من الزوج والمنع من السيد
وان كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره بخلاف منعها نفسها لحقها كالمهر فان
فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فجعل ثابتا وليس هنا كذلك **قوله** والتبوئة غير لازمة على ما مر في
النكاح في باب نكاح الرقيق ولاشك ان حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه فاذا بواها
فقد ترك حقه ما دام لم يستردها واستردادها بعد ذلك ليس رجوعا فيما اسقط بل طلب حقه فيما يستقبل
او الحال وله ذلك ولذا كان له ان يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا فكلما استردها سقطت
فاذا رجع فبواها وجبت ولو خدمت المولى احيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لانه لم تبطل
التبوئة بذلك لعدم الاسترداد **قوله** والمدبرة وام الولد في هذا اي وجوب النفقة على الزوج بشرط
التبوئة كالامة ولم يذكر معهما المكاتبة لانها في استحقاق النفقة اذا تزوجت باذن المولى كالحرة لاختصاصها
بنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة **فصـــل قوله** ليس فيها احد من اهله وامتعته قيل
ايضا لا يسكنها معها الا برضاها والمختار ان له ذلك لانه يحتاج الي استخدامها في كل وقت فاذا افردها
في بيت لا يتمكن من ذلك غير انه لا يطاها بحضرتها كما انه لا يحل له وطي زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة **قوله**
مقرونا بالنفقة في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم فان المراد وانفقوا عليهن من وجدكم وقد ذكرنا
ان ابن مسعود قراها هكذا والسكنى بالملك والاجارة او العارية واجبة اجماعا **قوله** ليس له ان يسكنه معها
قيل الا ان يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله اسكانه معها **قوله** ولو اسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفاها

اقتصر على الغلق فافاد انه وان كان الخلا مشتركا بعد ان يكون له غلق يخصه وليس لها ان تطالبه بمسكن
اخر وبه قال القاضي الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد ان
يكون المراد كون الخلا مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذي في شرح المختار ولو كانت في الدار بيوت وابت ان
تسكن مع ضرتها او مع احد من اهله ان اخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها ان تطلب بيتا ولو
شكت انه يضربها او يوذيها ان علم القاضي ذلك وجره وان لم يعلم سال من جيرانه فانه لم يوثق بهم او كانوا
يميلون اليه اسكنها بين قوم اخيار يعتمد القاضي على خبرهم **قوله** لما فيه اي المنع من المكالمة من قطيعة
الرحم في الصحيح لا يدخل الجنة قاطع وفيه من حديث ابي هريرة قال عليه السلام الرحم شجنة من الرحمن
قال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته والشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد قرابة
مشتبكة كاشتباك العروق وقال الخطابي يعني بالشجنة الوصلة **قوله** وقيل لا يمنعها من الخروج الى
الوالدين ولا يمنعهما من الدخول اليها في كل جمعة ظاهر الخلاصة ان في كل جمعة تتصل بكل من خروجها ودخولهما
فانه قال في الفتاوي للزوج ان يضرب المراة على اربع خصال وما هو في معنى الاربع ترك الزينة والزوج
يريدها وترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلوة وفي رواية والغسل والخروج من البيت
اما لا تمنع من زيارة الابوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة وكذا اذا اراد ابوها او
قريبها ان يجي اليها على هذا الجمعة والسنة انتهى وقوله هو الصحيح احترز عما ذهب اليه ابن مقاتل من انه لا
يمنع المحرم من الزيادة في كل شهر وعن ابي يوسف في النوادر تقييد خروجها بان لا يقدر على اتيانها فان كان
يقدر على اتيانها لا تذهب وهو حسن فان بعض النسا لا يشق عليها مع الاب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج
فيمنع وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج اليهما وقد اشار الى نقله في شرح المختار والحق الاخذ بقول
ابي يوسف اذا كان الابوان بالصفة التي ذكرت وان لم يكونا كذلك ينبغي ان ياذن لها في زيارتهما في الحين
بعد الحين على قدر متعارف اما في كل جمعة فهو بعيد فان في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا اذا كانت
شابة والزوج من ذوي الهيئات بخلاف خروج الابوين فانه ايسر ولو كان ابوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها
والزوج يمنعها من تعاهده فعليها ان تعصيه مسلما كان الاب او كافرا وفي مجموع النوازل فان كانت قابلة او
غسالة او كان لها حق على آخر او لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من
زيارة الاجانب وعيادتهم والوليمة لا ياذن لها ولا تخرج ولو اذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام
فان ارادت ان تخرج الى مجلس العلم بغير رضى الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سال الزوج من
العالم واخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السوال يسعها ان تخرج من غير رضاه وان لم يقع لها نازلة
لكن ارادت ان تخرج لتتعلم مسئلة من مسايل الوضوء والصلوة ان كان الزوج يحفظ المسايل ويذكر معها له
ان يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى ان ياذن لها احيانا وان لم ياذن فلا شي عليه ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها
نازلة وفي الفتاوي في باب القراة المراة قبل ان تقبض مهرها لها ان تخرج في حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن
الزوج فان اعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان او فحلا وكذا ابوها
المجوسي والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلثة عشر او اثنى عشر سنة ولا يكون المراة محرما للامراة وحيث
ابحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة
قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان قال في فصل

من فتاواه دخول الحمام مشروع للرجال والنسا جميعا خلافا لما قاله بعض الناس وروي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة
انتهى وعلى ذلك فلا خلاف في منعهن من دخوله للعلم بان كثيرا منهن مكشوف العورة وقد وردت احاديث
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها في النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه
على شرط مسلم عن جابر رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا
يدخل الحمام الا بميزر ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام وعن عايشة قالت سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول الحمام حرام على نساء امتي رواه الحاكم وقال صحيح الاسناد وورد استثنا النفسا
والمريضة رواه ابو داود وابن ماجة عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه عليه السلام قال ستفتح عليكم ارض العجم
وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال الا بالازار وامنعوها النسا الا مريضة
او نفسا وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي مختلف فيه قال احمد ليس بشيء وقال ابن حبان
يروي الموضوعات عن الثقات قال الحافظ المنذري وفيما قاله نظر لم يذكره البخاري في كتاب الضعفا
وكان يقوي امره ويقول هو مقارب الحديث وقال الدارقطني ليس بالقوي ووثقه يحيى بن سعيد وروى
عباس عن يحيى بن معين ليس به باس وقال ابو داود قلت لاحمد بن صالح الحجة به يعني عبد الرحمن بن زياد
فقال نعم **قوله** ويعترف به وبالزوجية في حق الزوجة كان ينبغي ان يزيد قوله وبالنسب في الولد لانه
رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغايب وولده الصغار ووالديه
قوله وكذا اذا علم القاضي ذلك اي كلا الامرين اما لو علم احدهما احتاج في القضا بالدفع اليهم الى اقرار
من عنده او عليه في الصحيح دون البينة **قوله** واقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما هنا فانه
اولى ان تقبل اقراره على نفسه بثبوت حق الاخذ لها مما في يده او عليه اذا كان دينا وذلك لانه لا طريق الى اثبات
حق الاخذ لها الا اعترافه بخلاف غيره فان الحق يثبت فيه بالبينة كما يثبت بالاعتراف ولاسيما مركب من لا النافية
للجنس ومنفيها وهو سي ومعناه المثل قال الشاعر

فاياكم وحية بطن واد * هموس الناب ليس لكم بسي

اي بمثل ولا شبيه وهو واحد سيان من قولك هما سيان واصله سوي قلبت الواو يا اما لسكونها بعد كسر
او لاجتماعها مع اليا وسبق احديهما بالسكون فان جررت ما بعدها كزيد مثلا من قولك اكرمني القوم لاسيما زيد
فهو على ان سيا مضاف الى زيد وما زائدة مقحم كقوله كلا حي وان امروا وارد الحوض الذي وردوا وان رفعته
فعلى ان سيا مضاف الى ما وهو موصول اسمي حذف صدر صلته والتقدير لامثل الذي هو زيد وجاز كونه مضافا
مع ان اسم لا يجب كونه نكرة لانه بمعنى مثل ومثل لا يتعرف بالاضافة وخبر لا محذوف واذا كان كذلك ففي كلا
الوجهين خروج عن الاصل في الجر بالزيادة بين المضاف والمضاف اليه وفي الرفع بحذف صلة الموصول
وهو انما يقاس اذا طالت الصلة واختار المحققون الجر على الرفع لان زيادة ما اوسع من حذف المبتدا مع ما
اليه من كونه مخصوصا بذلك الموضع وقد يقال زيادة ما في نفسه كثير ولكن بين المتضايفين ممنوع فتكافا واما
نصب ما بعدها فقال ابن دهان صاحب الغرة لا اعرف له وجها وعن هذا لم يذكر ابن معط في فصوله في المستثنى
بلاسيما سوى الجر والرفع وذكر بيت امري القيس **قوله** الا رب يوم لك منهن صالح **قوله** ولاسيما يوم بدارة جلجل
بالوجهين ولم يذكر فيه النصب لكن قد روي النصب فيه ايضا فقيل على الظرف وقيل على التشبيه بالمفعول

وقيل مجموع لاسيما بمنزلة الا ومعنى الاخراج الذي تقتضيه الا فيها وهو الاخراج من ذلك الحكم باثبات
ما هو ابلغ منه فاذا قلت اكرمني القوم لاسيما زيد فقد اثبت له ابلغ من اكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف
احدى اليايين فقيل الاولى لانها ساكنة وهو اضعف من المتحرك وكان حذفه اولى وقيل الثانية لانها
لام والاعلال في اللام اولى **قوله** واذا ثبت في حقه باقراره ان حق الاخذ لها مما في يده تعدى الى الغايب
ضرورة اورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع او بمديون للغايب معترف
بالدين والوديعة فانه لا يقضي عليه بالدفع الى صاحب الدين **واجيب** بان القضا يتبع النظر للغايب
في الامر بالانفاق نظر له بابقاء ملكه الثابت بالنكاح وانما هو في معنى نفسه اعني قرابة الولاد وليس
في قضا دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير **قوله** فانه لا يباع على الحاضر حتى لو امتنع عن ادا الدين
وعنده اموال غير الاثمان لا يبيع عليه القاضي بل يامره ان يبيع هو ويقضي فان لم يفعل حبسه ابدا حتى يبيع
لان البيع عليه حجر عليه ولا حجر على العاقل البالغ وعندهما يبيع على الحاضر اذا امتنع من البيع **قوله** ويحلفها
بالله ما اعطاها النفقة ثم اذا جاء الغايب فهو على حجته في اعطاء النفقة وفي كل موضع جاز القضا بالدفع
كان لها ان تاخذ بغير قضا من ماله شرعا اصله حديث هند امراة ابي سفيان المتقدم وعن هذا قلنا لو كان
للغايب مال حاضر في بيته والقاضي يعلم الزوجية اطلق لها الاخذ منه ولا يكون هذا قضاء بل ايفا والايفا
لا يمتنع بسبب الزوجية **الا** يرى ان من اقر بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضي
الايفا منه اجابه الى ذلك **قوله** الا لهولاء وهم الزوجة والولدان والولد الصغير ويستدرك عليه
الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب **قوله** فنفقتهم انما
تجب بالقضا لا شك ان الوجوب ثابت بدليله قبل القضا حتى كان عليه ان ينفق عليهم اذا كانوا فقرا ديانة
وانما المراد انه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى ان لا تجب النفقة فلا يتعين عليه قول الوجوب
الا بالقضاء به فينتفي تاويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو انفق المديون والمودع
نفقة هولاء بغير امر القاضي ضمن المودع ولا يبرا المديون ولكن لا يرجع على من انفق عليه ولو اجتمع الدين
والوديعة فالقاضي يامر بالانفاق من الوديعة اولا لانه انظر للغايب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف
الوديعة **قوله** وفي هذه المسئلة اقاويل مرجوع عنها منها قول ابي حنيفة اولا اذا جحد المديون والمودع
الزوجية تسمع بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب
كمن ادعى عينا في يد انسان انه له اشتراه من فلان الغايب ثم رجع الى انها لا تقبل وهو قولهما لانها تثبت النكاح
على الغايب ومن عنده المال ليس خصما فيه ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينتها على الزوجية ليفرض لها
اذا لم يكن له مال حاضر ويامرها بالاستدانة ثم رجع الى قولهما وقول زفر في ذلك متفرد ونقل مثل قول زفر
عن ابي يوسف فتوى على عمل القضاة لحاجة الناس الى ذلك **فروع** في الفتاوى امراة قالت ان زوجي
يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلا بالنفقة قال ابو حنيفة ليس لها ذلك وقال ابو يوسف اخذ كفيلا بنفقة شهر
استحسانا وعليه الفتوى فلو علم انه يمكث في السفر اكثر من شهر اخذ عند ابي يوسف الكفيل باكثر من شهر وعن ابي
يوسف لو كفل بنفقتها ما عاشت او كل شهر او ما بقي النكاح بينهما صح وقال ابو حنيفة هو على شهر واحد ولو
ضمن لها نفقة سنة جاز وان لم تكن واجبة ولو طلقها رجعيا او بائنا والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها لكل شهر
لان العدة من احكام النكاح **فصل قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا نفقة للمبتوتة وهي المطلقة

ثلثا والمخلعة اذ لا بيونة عنده بغير ذلك الا ان تكون حاملا فان في بطنها ولده وحديث فاطمة بنت قيس
رواه في صحيح مسلم ان ابا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غايب فارسل اليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله
ما لك علينا من شي فجات رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لك نفقة وامرها ان تعتد في بيت ام شريك
ثم قال تلك امراة يغشاها اصحابي اعتدي عند ابن ام مكتوم فانه رجل اعمى تضعين ثيابك فاذا حللت فاذنيني
قالت فلما حللت ذكرت له ان معاوية بن ابي سفين وابا جهم خطباني فقال صلى الله عليه وسلم اما ابو جهيم
فلا يضع عصاه عن عاتقه واما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي اسامة بن زيد فكرهته فقال انكحي اسامة
ابن زيد فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به واخرجه مسلم ايضا وفيه لا نفقة لك ولا سكنى ورواه ايضا
قال فيه ان ابا حفص المغيرة خرج مع علي بن ابي طالب رضي الله عنه فارسل الى امراته فاطمة بنت قيس بتطليقة
كانت بقيت من تطليقها وعلى هذا فيحمل رواية الثلث انه طلقها ثلثا على انه اوقع واحدة هي تمام الثلث وامر
لها الحارث بن هشام وعياش بن ابي ربيعة بنفقة فسخطتها فقالا والله ليس لك نفقة الا ان تكوني حاملا فاتت
النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له قولهما فقال لا نفقة لك زاد ابو داود في هذه باسناد مسلم عقيب قول
عياش بن ابي ربيعة والحارث بن هشام ولا نفقة لك الا ان تكوني حاملا وفي شرح الكنز نسبه الى مسلم لكن
الحق ما علمت وفي رواية لمسلم ان ابا حفص بن المغيرة المخزومي طلقها ثلثا ثم انطلق الى اليمن فقال لها اهله
ليس لك علينا نفقة فانطلق خالد بن الوليد في نفر فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة
الحديث والجواب ان شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض
يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الامور اما الطعن من السلف فقد طعن عليها فيه اكابر
الصحابة ممن سنذكر مع انه ليس من عادتهم الطعن بسبب كون الراوي امراة ولا كون الراوي اعرابيا فقد قبلوا
حديث فريعة بنت مالك بن سنان اخت ابي سعيد في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع انها لا
تعرف الا في هذا الخبر بخلاف فاطمة بنت قيس فانها لم تعرف بذلك الخبر وخبر الدجال حفظته مع طوله ووعته
وادته ثم قد ظهر لها من الفقه ما افاد علما وجلالة قدر وهو ما في صحيح مسلم من ان مروان ارسل اليها قبيصة
ابن ابي ذويب يسالها عن الحديث فحدثته به فقال مروان لم نسمع هذا الحديث الا من امراة سناخذ بالعصمة
التي وجدنا الناس عليها فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القران قال الله تعالى لا تخرجوهن من
بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة الى قوله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا قالت
هذا لمن له مراجعة فاي امر يحدث بعد ذلك فكيف يقولون لا نفقة لها اذا لم تكن حاملا فعلام تحبسونها وقبل
عمر وخبر الضحاك بن سفين الكلابي وحده وهو اعرابي في حرمنا ان ردة عمر وغيره لخبرها ليس الا لما علموه عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم خلافه وقد استقر الحال عليه بعد وفاته عليه السلام بين السلف الى ان
روت فاطمة رضي الله عنها هذا الخبر مع ان عمر رده وصرح بالرواية بخلافه في صحيح مسلم عن ابي اسحق قال
كنت مع الاسود بن يزيد جالسا في المسجد الاعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة فاخذ الاسود كفا من حصا فحصبه به وقال
ويلك تحدث بمثل هذا قال عمر لا نترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امراة لا ندري حفظت ام نسيت لها
السكنى والنفقة قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة فقد اخبر
ان سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لها النفقة والسكنى ولا ريب في ان قول الصحابي من السنة كذا رفع

فكيف اذا كان قايله عمر رضي الله عنه وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى
الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلثا النفقة والسكنى وقصارى ما هنا ان يعارض روايتها بروايته فاي الروايتين
يجب تقديمها وقال سعيد بن منصور حدثنا ابو معاوية ثنا الاعمش عن ابراهيم قال كان عمر رضي الله عنه
اذا ذكر عنده حديث فاطمة قال ما كنا نغير في ديننا بشهادة امراة فهذا شاهد على انه كان الدين المعروف
المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ والثقة اذا شذ لا يقبل ما
شذ فيه ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان سناخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها والناس اذ ذاك
هم الصحابة فهذا في المعنى حكاية اجماع الصحابة ووصفه بالعصمة وفي الصحيحين عن عروة انه قال
لعايشة الم تري الى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة فخرجت فقالت بيس ما صنعت فقلت الم تسمعي
الى قول فاطمة فقالت اما انه لا خير لها في ذكر ذلك فهذا غاية الانكار حيث نفت الخير بالكلية عنه وكانت
عايشة اعلم باحوال النسا فقد كن ياتين الى منزلها ويستفتين منه عليه السلام وكثر ونكرو وفي
صحيح البخاري عن عايشة انها قالت لفاطمة الا تتقي الله تعالى تعني في قولها لا سكنى ولا نفقة وقال القاضي
اسمعيل ثنا نصر بن علي حدثني ابي عن هارون عن محمد بن اسحق قال احسبه عن محمد بن ابراهيم ان عايشة قالت
لفاطمة بنت قيس انما اخرجك هذا اللسان يعني انها استطالت على احمائها وكثر الشر بينهم فاخرجها عليه السلام
لذلك ويفيد ثبوته عن عايشة ان سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عايشة واعظم متتبع لاقوال من
عاصره من الصحابة حفظا ودراية ولولا انه علمه عنها ما قاله وذلك ما في ابي داود من حديث ميمون
ابن مهران قال قدمت المدينة فدفعت الى سعيد بن المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها
فقال سعيد تلك امراة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يدي ابن ام مكتوم وهذا هو المناسب لمنصب
ابن المسيب فانه لم يكن لينسب الى صحابية ذلك من عند نفسه وكذا هو والله اعلم مستند سليمان بن يسار
حيث قال خروج فاطمة انما كان من سوء الخلق رواه ابو داود في سننه عنه وممن رده زوجها اسامة بن
زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم روى عبد الله بن صالح قال حدثني الليث بن سعد حدثني جعفر عن ابي هرمز
عن ابي سلمة عن ابن عبد الرحمن قال كان محمد بن اسامة بن زيد يقول كان اسامة اذا ذكرت فاطمة شيا من ذلك
يعني من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى هذا مع انه هو الذي تزوجها بامر رسول الله صلى الله
عليه وسلم وكان اعرف بالمكان الذي نقلها عنه الى منزله حين بنى بها فهذا لم يكن قطعا الا لعلمه بان ذلك
غلط منها او لعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسن او خيفة المكان وقد جاء ذلك ايضا ولم يظهر المحرج
رحمه الله تعالى لحديث اسامة فاستغربه والله سبحانه الميسر وقال الليث حدثني عقيل عن ابن شهاب ان
ابو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال فانكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل ان تحل
وفي معجم الطبراني بسنده عن ابراهيم ان ابن مسعود وعمر قالا المطلقة ثلثا لها السكنى والنفقة واخرج
الدارقطني عن ابي العالية عن ابي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المطلقة ثلثا لها السكنى
والنفقة قال عبد الحق انما يوخذ من حديث ابي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع او كان عن الليث عن ابي الزبير
وحرب بن ابي العالية ايضا لا يحتج به ضعفه ابن معين والاشبه وقفه على جابر وهذا اشتغال بتسليم ما ذكر من
توهين رفعه برد قول من ذكر ان جابرا على قول فاطمة وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن واما بيان الاضطراب
فقد سمعت في بعض الروايات انه طلقها وهو غايب وفي بعضها طلقها ثم سافر وفي بعض الروايات انه ذهب

الي رسول الله صلي الله عليه وسلم فسالته وفي بعضها ان خالد بن الوليد ذهب في نفر فسالوه عليه السلام
وفي بعض الروايات سمي الزوج اباعمرو بن حفص وفي بعضها اباحفص بن المغيرة والاضطراب يوجب لضعف
الحديث علي ما عرف في علم الحديث وممن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم ومن التابعين مع ابن المسيب
شريح والشعبي والحسن بن حي والاسود بن يزيد وممن بعدهم الثوري واحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم
فان قيل فهذا العدد بتقدير ثبوته انما اسقط تلك السكني والحال انه عليه السلام قال لها لا نفقة لها ولا
سكني قلنا ليس علينا اولا ان نشتغل ببيان العذر عما روت بل يكفي ما ذكرنا من انه شاذ مخالف لما كان الناس
عليه والمروي عمر في تركه كاينا هو في نفسه ما كان الا ان الاشتغال بذلك يحسن جملا لمرويها علي الصحة ونقول
فيه ان عدم السكني كان لما سمعت واما عدم النفقة فلان زوجها كان غايبا ولم يترك ما لا عند احد سوي
الشعير الذي بعث به اليها فطالبت هي اهله علي ما في مسلم من طريق انه طلقها ثلثا ثم انطلق الي اليمن فقال
لها اهله ليس لك علينا نفقة الحديث فلذلك قال عليه السلام لها لا نفقة لك ولا سكني علي تقدير صحته
لانه لم يخلف ما لا عند احد وليس يجب لك علي اهله شي فلا نفقة لك علي احد بالضرورة فلم تفهم هي الغرض
عنه عليه السلام فجعلت تروي نفي النفقة مطلقا فوقع الناس انكار عليها ثم ان في كتاب الله تعالي من غير ما نظر
فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكني والنفقة لها وهو قوله تعالي اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم
فقد علم ان المراد انفقوا عليهن من وجدكم وبه جات قراة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلي الله عليه وسلم مفسرة
له وهذه الاية انما هي في البواين بدليل المعطوف وهو قوله تعالي عقيبه ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتي يضعن حملهن ولو كانت الاية في غير المطلقات او في الرجعيات كان التقدير
اسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتي
يضعن حملهن ومعلوم انه لا معني حينئذ لجعل غاية ايجاب الانفاق عليهما الوضع فان النفقة واجبة لهما
مطلقا حاملات كانت او لا وضعت حملها او لا بخلاف ما اذا كانت البواين فان فائدة التقييد بالغاية
دفع توهم عدم النفقه علي المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار علي قدر ثلث حيض او ثلاثة
اشهر وكذا قوله تعالي لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة فانه عام في المطلقة
وقوله تعالي فاذا بلغن اجلهن فامسكوهن بمعروف يرجع الي الرجعيات منهن وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله
الصدر لا يبطل عموم الصدر **قوله** الا يري ان معني التعرف عن براة الرحم ليس مراعا فيها استيضاح علي
ان وجوبها لحق الشرع عادة فانها لم تحض فيها انقضت العدة ما لم يظهر حبل وكذا يدل عليه وجوبها بالموت
قبل الدخول ويعارض ذلك انقضاوها اذا لم تعلم بموته حتي مضت مدة العدة وانت اذا امعنت النظر
فيما ذكرنا في باب العدة في مسئلة تداخل العدتين ظهر لك الجواب هذا فارجع اليه واتقنه **قوله** وكل فرقة
جاءت من قبل الزوجة بمعصية احترز عما يجي من قبل الزوج مطلقا وعما يجي من قبلها بغير معصية فان لها النفقة
فيهما والحاصل ان الفرقة اما من قبله او قبلها ففي الاول لها النفقة مطلقا سوا كانت بغير معصية مثل
الفرقة بطلاقه او لعانه او عنته او جبه بعد الخلوة ويشكل علي ايجاب النفقة للملاعنة ما قدمناه في
باب اللعان في الحديث من انه عليه السلام لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه او بمعصية مثل الفرقة بتقبيله
ابنة زوجته او بايلائه مع عدم فيئته حتي مضت اربعة اشهر او باباية الاسلام اذا اسلمت هي او ارتد هو فعرض
عليه الاسلام فلم يسلم لان معصيته لا تحرمها النفقة واما الثاني فاما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج

وابايتها اذا اسلم هو وهي وثنية او مجوسية وردتها فلا تجب لها نفقة لانها والحالة هذه حابسة نفسها
بغير حق فكانت كالناشزة واما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطي ابن الزوج
لها مكرهة لانها حبست نفسها بحق لها او عذر شرعا فيه ولها السكني في جميع الصور لان القرار في منزل
الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها اما النفقة فحق لها فتجازي بسقوطه بمعصيتها **قوله** خلا انه للمهر
بعد الدخول يعني انه يجب لها وان جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لانه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها
فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية **قوله** وان طلقها ثلثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها لان
الردة هنا لان الفرقة لم تجي بسببها فيجب تمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث سوا فكما لا تسقط النفقة
بالتمكين هنا لا تسقط بالردة فانما تسقط في هذه الردة اذا خرجت وحبست اذ لا نفقة للمحبوسة كما اشار
اليه المصنف في التعليل او اذا لحقت حتي لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ولو
حبست او لحقت فعادت الي الاسلام ورجعت الي بيتها عاد استحقاقها للنفقة وما ذكر في الجامع من قوله ولو
عادت الي بيتها مسلمة او مرتدة عادت نفقتها بخلاف ما بعد اللحاق يخالفه ما ذكر في الذخيرة لو عادت الي دار الاسلام
فلها النفقة والسكني دون فق يحمل المذكور في الجامع علي ما اذا حكم بلحاقها وما في الذخيرة علي ما قبل الحكم به بخلاف
ما اذا وقعت الفرقة بالردة فانها لو اسلمت وعادت الي منزله لا تجب لها نفقة لانها المفوتة لملك النكاح
وهو لا يعود بعودها الي المنزل مسلمة ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما
لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي وفي شرح الطحاوي الاصل ان كل امراة كانت لها النفقة يوم طلقت
ثم صارت الي حال لا نفقة لها فلها ان تعود وتاخذ النفقة وكل امراة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعد
فلو طلق الامة باينا وكانت مبواة معه بيتا فاخرجها المولي الي خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها فان اعادها
الي بيت الزوج تاخذ النفقة ولو لم يكن بواها المولي فطلقت فاراد ان يبواها مع الزوج في العدة وتاخذ نفقتها
لا تجب النفقة واورد عليه ما لو كانت ناشزة يوم الطلاق ثم عادت الي المنزل في العدة فانها تعود نفقتها
واجيب بان النفقة كانت واجبة الا انها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها ان تعود فتاخذه وهذا
لا يدفع الوارد علي لفظ الاصل المذكور ولو تطاولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الاياس فتعتد
بثلاثة اشهر وعن هذا قلنا لو صالح المعتدة علي نفقة العدة بشي معلوم ان كانت العدة بالشهور جاز لانها
معلومة وان كانت بالحيض لا يجوز لانها مجهولة لاحتمال ان يمتد الطهر بها واذا لم تطالب بالنفقة حتي انقضت
العدة سقطت كالتي في العصمة الا ان تكون مفروضة ولو ابراته عنها في عقد الخلع صح لان الابراء في
الخلع ابراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز واما الاول فالابراء اسقاط واسقاط
الشي قبل وجوبه لا يجوز ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها اذا كانت من ذوات الحيض
ولو كانت ادعت حبلا وانفق عليها الي سنتين فان ذلك بعد ما كنت اعتقد به حبلا فظهر انه ليس اياه وانا
حايل لم احض وقال بل ادعيت الحبل كذبا وظهر كذبك ولا نفقة لك لا يلتفت القاضي الي قوله ويامره
بالانفاق حتي تحيض ثلث حيض او تدخل في سن الاياس فتعتد بثلثة اشهر ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها
الي ثلثة اشهر وقال الفضلي لا تنقضي عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبلها فينفق عليها حتي تنقضي عدتها
كذا ذكر الفرع بعضهم وفي الخلاصة عدة الصغيرة ثلاثة اشهر الا اذا كانت مراهقة فينفق عليها ما لم يظهر
فراغ رحمها هكذا في المحيط انتهي من غير ذكر خلاف وهو حسن وفيها رجل غاب فتزوجت امراته باخر ودخل بها الزوج

الثاني فحضر الزوج الاول فرق بينهما وبين الثاني ولا نفقة على الزوج الاول حتى تنقضي عدة الثاني فان طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب النفقة العدة على الزوج الاول ولا على الثاني ما دامت في عدة الثاني فاذا انقضت عدة الثاني تجب ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج كذا في الاقضية وفي الفتاوي قال تجب على الزوج الاول وهكذا ذكر في المحيط وتاويله اذا تزوجت في بيت العدة اما اذا خرجت فلا

فصل **قوله** ونفقة الاولاد الصغار على الاب لا يشاركه فيها احد قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الاطلاق بل الاب اما غني او فقير والاولاد اما صغار او كبار فالاقسام اربعة الاول ان يكون الاب غنيا والاولاد كبار فاما اناث او ذكور فالاناث عليه نفقتهن الى ان يتزوجن اذا لم يكن لهن مال وليس له ان يؤاجرهن في عمل ولا خدمة وان كان لهن قدرة واذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الاب والذكور اما عاجزون عن الكسب لزمانة او عمى وشلل وذهاب عقل فعليه نفقتهم وكذا اذا كان من ابناء الكرام لا يجد من يستاجره فهو عاجز وكذا طلبة العلم اذا كانوا لا يهتدون الى الكسب نفقتهم على آبائهم قال الحلواني ورايت في موضع هذا اذا كان بهم رشد وقوله لا يشاركه فيها احد على الاطلاق في الصغار اما الكبار فعلى الظاهر كما سياتي وان لم يكونوا عاجزين لا نفقة لهم الثاني ان يكون الاب غنيا وهم صغار فاما ان يكون لهم مال او لا فان لم يكن فعليه نفقتهم الى ان يبلغ الذكور حد الكسب وان لم يبلغ الحلم فاذا كان هذا كان للاب ان يؤاجره وينفق عليه من اجرته وليس له في الانثى ذلك فلو كان الاب مبذرا او يدفع كسب الابن الى امين كما في سائر املاكه وان كان لهم مال فاما حاضر او غايب فان كان حاضرا فنفقتهم في مالهم لا يجب على الاب شيء منها وان كان غايبا وجبت على الاب فان اراد ان يرجع في مالهم ينفق باذن القاضي في ذلك فلو انفق بلا امر ليس له الرجوع في الحكم الا ان يكون اشهد انه انفق ليرجع ولو لم يكن اشهد لكن انفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع وفيما بينه وبين الله تعالى ان يرجع الثالث ان يكون الاب فقيرا فان كانوا اغنيا وكبارا قادرين فلا اشكال ان نفقته هو عليهم وان كانوا صغارا اغنيا فكذلك ايضا الرابع ان يكون فقيرا وهم صغار او كبار عاجزون والاب ايضا عاجز عن الكسب فالخصاف يتكفف الناس وينفق عليهم وقيل نفقتهم في بيت المال لان الاب اذا كان بهذه الصفة فنفقته في بيت المال وان كان قادرا على الكسب اكتسب فان امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ولا يحبس والد وان علا في دين ولده وان سفل الا في النفقة لان الامتناع اتلاف النفس ولا يحل للابن ذلك وكذا لو عدا الاب على ابنه بسيف بحيث لا يدفع عنه الا بقتله حل له قتله واذا لم يف كسبه بحاجتهم او لم يكتسب لعدم تيسر الكسب انفق عليهم القريب ويرجع على الاب اذا ايسر في جوامع الفقه اذا لم يكن للاب مال والجد والام او الخال او العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الاب اذا ايسر وكذا يجبر الابعد اذا غاب الاقرب ثم يرجع عليه فان كان له ام موسرة فنفقته عليها وكذا اذا لم يكن له اب الا انها ترجع في الاول وما نقل ابن قدامة عن الايمة الاربعة من عدم الرجوع فيه نظر وقال ابو يوسف ومحمد ترجع وان كان له ام وجد موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب وروى الحسن عن ابي حنيفة انها على الجد وحده لجعله كالاب وبه قال الشافعي وفي نفقات الشهيد خلع امراته وغاب فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الام الثلث اذا كانا موسرين ويكون دينا على الاب يرجعان عليه اذا كان بامر الحاكم قال القاضي هذا اذا كانت الغيبة منقطعة **قوله** لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وجه الاستدلال انه اوجب على الاب رزق الوالدات وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الايجاب عليه وهو

الولاد له لما عرف من ان تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدا الاشتقاق علة له فاذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه اولى وحين ثبتت نفقته بطريق اولى تبين ان نفقة الوالدة هي نفقة الولد لان الولد يحتاج اليها في الخدمة والتربية والرضاع حتى ان اللبن الذي هو مونته انما يستحيل لبنا من غذايها فايجاب نفقتها عليه ايجاب نفقته عليه اذ ليست النفقة سوى اخراج ما يحتاجه المحتاج اليه لكفايته وقد تقدم في الكتاب ما يشير الى ان نفقة الخادم من نفقة المراة وان كانت نفقة شخص اخر لا يدخل فيها الكسوة والسكنى في الخلاصة قال هشام سالت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولانه جزؤه فكان كنفسه **قوله** وليس على الام ان ترضعه يعني في الحكم اذا امتنعت وان كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذي سنذكره **قوله** وهذا الذي ذكر بيان الحكم اي عدم الجبر بيان الحكم قضاء يعني انها اذا امتنعت لا يجبرها القاضي عليها وهو واجب عليها ديانة وكذا غسل الثياب والطبخ والخبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضي عليه اذا امتنعت لان المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع **قوله** وذلك اي عدم الجبر اذا وجد من ترضعه فاذا لم يوجد او وجد ولم تقبل هو ثدي غيرها اجبرت على ارضاعه صيانة له عن الضياع وذكر الحلواني ان ظاهر الرواية لا تجبر لان الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدي ترك اجبارها الى التلف والى الاول مال القدوري والسرخسي وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذي لم يانس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته **قوله** معناه اذا ارادت ذلك لان الحجر لها اي التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندواني والسمرقندي انها تجبر على الحضانة وفي كلام الحاكم الشهيد ما يفيده مما قدمناه ثم لا يلزم المرضعة ان تمكث في بيت الام الا ان تشترط ذلك بل لها ان ترضعه ثم ترجع الى منزلها فيما يستغني عنها فيه من الزمان ويحمل الصبي معها اليه او تقول اخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي الى امه **قوله** وجه الاول لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا فكذا في المبتوتة في رواية بعد قوله وهذا يعني عدم الاستيجار في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة لان النكاح قايم والا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها في الحكم والوجه ايضا بما يكون تاخير ذكر وجهه للايماء الى انه المختار عنده في قوله او معتدته وكذا ظاهر اطلاق القدوري المعتدة وان كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم اذ من عادته تاخير وجه القول المختار والحاصل ان قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه في فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع اليه ولهذا وجبت النفقة وامتنع شهادته لمعتدته عن ثلث او باين فكذا لا يجوز استيجارها للارضاع **قوله** وان انقضت عدتها فاستاجرها اعلم ان حاصل كلامهم ان الارضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى لا تضار والدة بولدها والضرر يتحقق عند العجز عن ارضاعه اذا الزمت والعجز مبطن فاقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لان امتناعها عن الارضاع مع داعية حنو الوالدة ظاهر في عجزها عنه فلذا لم تجبر عليه اذا امتنعت فاذا اقدمت عليه بالاجر وهي منكوحة او معتدة عن رجعي او مطلقا على ما هو الاوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها والاجر لا تستحق في مقابلة فعل الواجب ولا يخفى ان هذا المعنى بعينه ثابت فيما اذا استاجرها لارضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ومقتضاه ان لا تجوز بعد العدة ايضا كما قبلها وهذا لان الوالدات في قوله تعالى والوالدات يرضعن اعم من الباينات فكان الايجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبواين قبل العدة وبعدها والمانع من اخذ الاجرة والايجاب

من الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل اذا ظهرت قدرتهن وذلك بالاقدام على الارضاع باجر وغاية ما
يقال ان الارضاع من نفقته وهي على الاب لا الام ويدفع بان هذه النفقة اوجبها الذي له ولاية الايجاب
على الام بعد ان اوجد رزقه لها بادرار الدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري فاوجب عليها القيام به
ثديها وثبوت هذا الايجاب بالنص المذكور اعني يرضعن اولادهن في الحولين انه اوجب عليها مقيدا بايجاب رزق
عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن في حال الزوجية والعدة هو قايم برزقها وفيما بعد العدة
لا يقوم بشي فتقوم الاجرة مقامه **قوله** وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصبي مال
واطلقه فعم جميع اصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان له ذلك فقط فللاب ان يبيعه
وينفقه عليه وكذا يعطى منه اجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة احد الموسرين على الاخر اذا لم يكن لاحتباس له
ليس باولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض الاخر فنفقتها عليه وان
كانت غنية اما الولد فنفقته للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم ه

فصل

قوله وعلى الرجل اي الموسر **قوله** واجداده يدخل فيه الجد لاب والجد لام وان علوا
وفي جداته جداته لابيه وجداته لامه وان علون وقوله اذا كانوا فقرا يوافق باطلاقه قول السرخسي رحمه الله
حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلواني انه لا يجبر اذا كان الاب كسوبا
لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته
على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب ان يكتسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر في ايجاب نفقة الوالدين مجرد
الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى في ايكاله الى الكد والتعب اكثر منه في التافيف المحرم بقوله
تعالى فلا تقل لهما اف ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لانه في مقابلة احتباسه اياها لاستيفاء حق مقصود
له فكان كاستحقاق القاضي الغاني **قوله** نزلت في الابوين الكافرين بدليل ما قبله وهو قوله تعالى وان جاهداك
على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من اناب الي فرض سبحانه مصاحبتهما
بالمعروف وليس من المعروف ان يتركهما يموتان بالجوع والعري وينقلب هو في النعم الا ان حملها على غير الحربيين فاما
الاباء الحربيون وان كانوا مستامنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين
لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم الى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية بينها
وبين اية الابوين عموم وخصوص من وجه يتصادقان في الابوين الحربيين وتنفرد اية المصاحبة في غير الحربيين
واية النهي في غير الابوين فتعارضا في الابوين الحربيين فقدمت اية النهي لتقديم المحرم على المبيح وللقايل ان يقول
النهي انما تعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين واخراج للمسلمين عن ديارهم وهم اهل مكة فلا يتناول الابوين
الحربيين اللذين لم يتحقق منهم قتال ولا مظاهرة على اخراج ولا يصح القياس على اهل مكة بمجرد جامع كونهم
حربا لان الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والاخراج منه وايضا صرح النص بعدم النهي عنه بقوله لا ينهاكم الله
عن الذين لم يقاتلوكم ومعلوم ان الذين لم يقاتلوا ايضا حربيون **قوله** واما الاجداد والجدات فلانهم من
الاباء والامهات ظاهره انهم يدخلون في اللفظ اعني لفظ الابوين الذي هو مرجع الضمير في صاحبهما في الدنيا
معروفا وفيه نظر فانهم في مسالة الامان فيما اذا قالوا امنونا على ابائنا صرحوا بعدم دخول الاجداد لعدم
انتظام اللفظ وان اراد الحاقهم بالقياس فالحاجة الا ينبغي ان يعلل دخولهم بانهم من الاباء بل يعلل استحقاق
الابوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق به الاجداد ويعتبر في عموم المجاز في الامان لم يدخل الاجداد مع ان

الامان يحتاط في اثباته وقوله ولهذا يقوم الجد الى اخره قيامه مقامه في الوراثة وولاية الانكاح والتصرف
في مال ولد الولد هذا ولو قال انهم من الوالدين والوالدات كان اقرب لان مرجع ضمير صاحبهما الوالدان
لا الابوان **قوله** اما الزوجة الى اخره عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها حيث اضاف ايجاب النفقة
الى العقد فهو اضافة الى العلة البعيدة وان المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا **قوله** فكما
لا يمتنع الى اخره الاحسن ان يقال فكما يجبر على انفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة حربيه لان عدم
الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل الخصم منه وهو الجبر عليه وكونه يجبره الحاكم على انفاقه على
نفسه محل نظر اما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه وكذا امره بالمعروف من ذلك **قوله** ولا يجب على
النصراني نفقة اخيه المسلم اظهار بعض صور ذلك الكلي وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين الا للزوجة
والابوين والاجداد والجدات والولد وقوله لان النفقة اي نفقة غير الولاد متعلقة بالارث يعني القرابة
والمحرمية مقيدا بالارث بالنص وهو قوله تعالى بعد ان قال سبحانه وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك فعلقه به ولا ارث بين المسلم والكافر بخلاف العتق فانه تعلق بالمحرمية
بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه وسياتي الكلام عليه **قوله** فاعتبرنا في الاعلى وهو دوام ملك اليمين اصل العلة وهو القرابة
المحرمة وفي الادنى وهو النفقة العلة المؤكدة بالتوارث وهذا في الحقيقة ابداء لحكمة الشرع يعني
انما شرع سبحانه ايجاب النفقة على القريب مقيدا بالارث وشرع عتق القريب اذا ملك قريبه المحرم بلا ذلك
القيد لهذا الفرق وهو ان عدم النفقة قطيعة واستمرار ملك رقبة القريب فوقه في القطيعة فاوجب رفعها
بلا مؤكد بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فانه لم يدفعه حينئذ الا بمؤكد وما قيل الضابط عندنا الرحم
والمحرمية والارث ليس بشرط حتى وجب النفقة على الخال والخالة والعمة والعم دون ابن العم والحق في الجواب
ان ليس المراد من قوله تعالى وعلى الوارث سوى من يثبت له ميراث والخال كذلك لا من يثبت له ميراث
بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه لا يقال هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على اخراج الكافر
الذي لانا نقول بل هو اثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه
فيبقى على العدم الاصلي لا ان نفيه مضاف الى اللفظ **قوله** لان لهما تاويلا في مال الولد يفيد انه ملكهما
بالنص وهو قوله عليه السلام انت ومالك لابيك رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من الصحابة
وسياتي في باب الوطء الذي يوجب الحد واخرج اصحاب السنن الاربعة عن عايشة قال صلى الله عليه وسلم
ان اطيب ما اكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه حسنه الترمذي فان قيل هذا يقتضي ان له ملكا ناجزا
في ماله قلنا نعم لو لم يقيده حديث رواه الحاكم وصححه والبيهقي عنها مرفوعا ان اولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء
اناثا ويهب لمن يشاء الذكور واموالهم لكم اذا احتجتم اليها ومما يقطع بانه مؤول انه تعالى ورث الاب من ابنه
السدس مع ولده فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شي مع وجوده **قوله** هو الصحيح احتراز عن رواية الحسن عن
ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث اثلاثا على الذكر مثل حظ الانثيين كما في الميراث قياسا على نفقة ذوي
الارحام وبه قال الشافعي واحمد والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولادة وهو يشملهما بالسوية بخلاف غير
الولاد لان الوجوب علق فيه بالارث ولهذا ثبت في الولاد مع اختلاف الدين والتوارث فان كان الولد معسرا
وهما معسران فلا نفقة لاحد على احد وجاء التفصيل بان يكون الابن قادرا على الكسب مع اعسارهما او لا ويجري فيه

الخلاف السابق بين شمس الايمة السرخسي والحلواني وعن ابي يوسف قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا
يفضل عن نفقته فعليه ان يضم الاب اليه كيلا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لان الانسان لا يهلك
على نصف بطنه وقال الشاعر كلوا في بعض بطنكم تعفوا. وفي الغناوي يجبر الابن على نفقة زوجة ابيه
ولا يجبر الاب على نفقة زوجة ابنه وفي نفقات الحلواني قال فيه روايتان في رواية كما قلنا وفي
رواية انما يجب نفقة زوجة الاب اذا كان الاب مريضا او به زمانة يحتاج الى الخدمة اما اذا كان صحيحا
فلا قال في المحيط فعلى هذا لا فرق بين الاب والابن فان الابن اذا كان بهذه المثابة يجبر الاب على نفقة خادمه
ثم الاصل في نفقة الوالدين والمولودين انه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ولذا لو كان له اخ
شقيق وبنت بنت وان سفلت او ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وان كان ميراثه لاخيه ولو كان له
بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليهما مع اشتراكهما في الميراث واذا كان للفقير ولد وابن ابن موسران فالنفقة
على الولد لانه اقرب واذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وان كان الميراث بينهما القرب البنت فاذا
استويا فالنفقة عليهما الا ان يترجح احدهما بمرجح وهما وارثان واذا كان له ولد ابن وولد بنت فهم
سوا في النفقة وان كان الارث لولد الابن وكذا اذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث
للمسلم فقط ولو كان له والد وولد فهي على الولد لاستوايهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التاويل
ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما للاستواء في القرب وعدم الترجح الكل من المحيط
واذا اختلفا فقال الابن هو غني وليس علي نفقة وقال الاب انا معسر ذكر في المنتقى ان القول للاب والبينة
بينة الابن **قوله** والنفقة لكل ذي رحم محرم اي واجبة بجر عليها فهو من حذف الخبر لقرينة لان الاخبار
بالجار والمجرور نايبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا وقال احمد على كل وارث
محرما كان ولا وهو قول ابن ابي ليلى وقال الشافعي لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالاخوة والاعمام
ووجهه انه يجعل الاشارة في قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك لنفي المضارة لا لايجاب النفقة فلا يبقى دليلا
على ايجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعي قلنا نفيها لا يختص بالوارث ثم هو مخالف للظاهر
من الاشارة المقرونة بالكاف فانها بحسب الوضع للبعيد دون القريب وجه قول احمد انه تعالى علقها بالوارث
فتقييد المحرمية زيادة قلنا في قراة ابن مسعود وعلى الوارث ذي الرحم المحرم مثل ذلك فيكون بيانا للقراة المتواترة
فان قيل القراة الشاذة بمنزلة خبر الواحد ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراة
اجيب بادعاء شهرتها واستدل على الاطلاق بما في النسايي من حديث طارق قال قدمت المدينة فاذا
رسول الله صلى الله عليه وسلم قايم على المنبر يخطب الناس وهو يقول يد المعطي العليا وابدا بمن تعول
امك واباك واختك واخاك ثم ادناك ادناك وما رواه احمد وابو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة
القشيري قلت يا رسول الله من ابر قال امك قال ثم من قال امك ثم من قال اباك ثم الاقرب فالاقرب
قال الترمذي حسن وفي صحيح مسلم فان فضل عن اهلك شي فلذوي قرابتك فهذه تفيد وجوب النفقة
بلا تقييد بالارث ولا يخفى ان الثاني لا يفيد وجوب النفقة اصلا لانه جواب قول السايل من ابر وهو لا
يستلزم كونه عن البر المفروض لجواز كونه سالا عن الافضل منه فيكون الجواب عنه كذلك الاول وليس هذا
معارضا للنص لان الايجاب على الوارث بالنص لا ينفي ان يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول
بمفهوم الصفة على ان القايل ان يلزمهم ان الوارث اريد به القريب عبر به عنه خصوصا على الحكم وهو ان كل

قريب وارث لتورثكم ذوي الارحام مع قولكم ان المراد به اهلية الارث في الجملة حتى قالوا اذا كان له
خال وابن عم كان نفقته على خاله وميراثه لابن عمه اللهم الا ان يثبت قولنا نقطع بان ايجاب النفقة لوجوب
الوصل والقرابة التي يفترض وصلها بالنصوص هي المحرمية بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لان التحريم انما
ثبت للوصل وهو الظاهر لما تقرر انه سبب التحريم في المحرمات من القرايب لان الاستفراش اما عدم وصل
او يؤدي اليه **قوله** فان القادر على الكسب غني بكسبه وقدرة الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه
بالغا ولهذا اخذ في البالغ الذي يجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قال والابن الزمن البالغ ويصرح
بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوي الارحام ولا يجبر الموسر على نفقة احد من قرابته اذا
كان رجلا صحيحا وان كان لا يقدر على الكسب لا في الولد خاصة او في الحد اب الاب اذا مات الولد فافي اخبر
الولد على نفقته وان كان صحيحا انتهى وهذا جواب الرواية وهو يؤيد قول شمس الايمة السرخسي بخلاف الحلواني
على ما قدمناه **قوله** لان التنصيص على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار بطريق انه يفيد علية ماخذ
الاشتقاق وهو الارث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها مثاله اذا كان له اخ شقيق
اولاب واخت شقيقة اولاب فالنفقة عليهما اثلاثا على الاخ الثلثان وعلى الاخت الثلث لان ميراثهما منه
كذلك ولو كان لام وجبت عليهما نصفين كارثهما ولو كان معهما اخ لابوين اولاب او عصبة اخر فالثلثان
على العاصب ولو كان اخ لاب واخ لام فالسدس على الاخ لام وخمسة الاسداس على الاخ لاب وعلى هذا فقس
قوله وجه الفرق اي بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن **قوله** فاختص بنفقته لانه باعتبار
الولاية الكاملة صار كنفسه بخلاف البالغ ليس للاب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر بساير المحارم
قوله وعلى الاخوات المتفرقات بان يكون اخت شقيقة واخرى لاب واخرى لام اخماسا ثلثة اخماسها
على الشقيقة وخمس على التي لاب وخمس على التي لام لان ميراثهن منه كذلك بواسطة الرد عليهن **قوله** غير
ان المعتبر اهلية الارث هذا هو الجواب الذي اسلفناه وقدمنا تقريره وايضاحه ان حقيقة الوارث
غير مرادة فانه لمن قام به الارث بالفعل وهذا لا يتحقق الا بعد موت من يجب له النفقة ولا نفقة بعد
الموت فتعددت ارادة الحقيقة فكان المراد من يثبت له ميراث والحال كذلك فوجبت نفقته عليه ولم تجب
على ابن العم لعدم المحرمية بخلاف ما لو كان له خال وعم او عمة فان النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما في المحرمية
واحراز العم الميراث في الحال لو مات فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والخال اثلاثا على العمة الثلث وعلى
المعسر كالميت والحاصل ان قوله اهلية الميراث لا احرازه فيما اذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم
اما اذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحوز الميراث في الحال كالخال والعم اذا اجتمعا فانه يعتبر احراز الميراث
في الحال وتجب النفقة على العم واذا اتفقوا في المحرمية والارث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعدوم
ووجبت على الباقين على قدر ارثهم كان ليس معهم غيرهم **قوله** ثم اليسار مقدر بالنصاب اي نصاب الزكاة
على ما روي عن ابي يوسف وعن محمد روايتان احديهما بما يفضل عن نفقة شهر والاخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم
حتى لو كان كسبه كل يوم درهما ويكفيه اربعة دوانق وجب عليه الدانقان للقريب ويحمل الروايتين على حالة
الانسان ان كان مكتسبا لا مال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي وان لم يكن بل له مال اعتبر نفقة شهر فيتموله
الشهر فان صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه ومال السرخسي الى قول محمد في الكتب فانه علله بان قال لان
الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المودي بتيسير الاداء وتيسير الاداء موجود اذا كان كسبه يفضل

عن نفقته وقال صاحب التحفة قول محمد ارفق وما الى قول ابي يوسف قال لان النفقة تجب
على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبدايته النصاب فيقدر به وقال في الخلاصة بعدما نقل انه نصاب الزكاة
وبه يفتى واختار صاحب الهداية انه نصاب حرمان الصدقة **قوله** والفتوى على الاول اي على ان اليسار
مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول ابو يوسف وتقدم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر الا ان النفقة
لما كانت حق الادمي نفسه تعتبر بمجرد القدرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى
بسبب الادمي وحقوق الله تعالى يراعى فيها من اليسر ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل اذا
لم يكن كسوبا يعتبر ان يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة فاذا انفق ولم يبق له شيء سقطت واذا كان
كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب ان يعول عليه في الفتوى **قوله** واذا كان للابن الغايب مال عند ابويه
فانفقا منه لم يضمنا لما قدمنا ان كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له ان ياخذ اذا قدر بلا
قضا فالوالدان والولد والزوجة اذا قدروا على مال من عليه حقهم جاز لهم ان ينفقوه على انفسهم اذا احتاجوا
وقد بينا الوجه فيه عند قوله فيما سبق ولا تقضى بنفقة في مال غايب الا لهولاء وهي قوله ووجه الفرق ان
نفقة هولاء واجبة قبل القضاء ولهذا كان لهم ان ياخذوا فكان قضا القاضي اعانة لهم **قوله** وان باع
العقار لم يجز ولا يجوز للاب بيع عقار الابن الا اذا كان الابن صغيرا او مجنونا ولا يجوز لغيره مطلقا **قوله**
لانه لا ولاية له لانقطاعها بالبلوغ وقرر في النهاية وجه القياس بان ولاية الاب تنقطع ببلوغ الصبي
رشيدا الا فيما بيعه تحصينا على الغايب ولا يخفى ان قيد الرشد ليس معتبرا في انقطاع ولاية الاب
نعم اذا بلغ غير رشيد لا يسلم اليه ماله حتى يونس منه الرشد او يبلغ خمسا وعشرين سنة على ما عرف ومع
ذلك لا حجر عليه حتى امكنه ان باشر العقود الموجبة للدين عليه ولذا قالا في جواب ابي حنيفة هناك ان
منع المال لا يفيد مع فك الحجر لانه يتلفه بلسانه بان يباشر العقود الى اخر ما عرف في باب الحجر **قوله** وكذا
لا تملكه الام في نفقتها مع انها مساوية للاب في استحقاق النفقة ولذا ليس للقاضي ان يحكم به مع عموم ولايته
قوله ولابي حنيفة حاصله الفرق بين الاب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغايب وبيع العروض
من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف واذا ملكه القاضي فلان يملكه الاب اولى لان الوصي يستفيد الولاية
من جهته في الحال ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه واذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو
جنس حقه فياخذه بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا احتاج الى الحفظ بالبيع فليس للاب بيعه لانه محض
الولاية وذلك عند صغر الولد وجنونه ومقتضى هذا صحة بيع الاب للعروض على الكبير اذا لم يكن للدين بخلاف
غير الاب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع لكن نقل في الذخيرة عن الاقضية جواز بيع الابوين وهكذا
ذكر القدوري في شرحه فانه اضاف البيع اليهما فيحتمل ان يكون في المسالة روايتان وجه رواية الاقضية
ان معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء وعلى تقدير الاتفاق فما وجه ان الاب هو الذي
يتولى البيع وينفق عليه وعليها اما بيعها نفسها فبعيد لان جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة
بل بثبوت ولاية الحفظ **قوله** فانفق عليها بغير اذن القاضي ضمن اي في القضاء اما فيما بينه وبين الله تعالى
لا ضمان عليه ولو مات الغايب يحل له ان يحلف لورثته انهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح
وفي النوادر لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع راي القاضي لا يضمن استحسانا وقالوا في رفقة في سفر اغمي على احدهم
او مات فانفقوا عليه وجهزوه من ماله لا يضمنون استحسانا ومات من جماعة من اصحاب محمد خرجوا الى الحج

واحد فباعوا ما كان له معهم فلما وصلوا سالهم محمد فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء
ولذا باع محمد رحمه الله كتب تلميذ له مات وانفق في تجهيزه فقيل له انه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى
والله يعلم المفسد من المصلح وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فانفق على نفسه وما معه
من الدواب والامتعة لا يضمن وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له اوقاف ولا متولي له فقام رجل من اهل المحلة
في جمع ريعها وانفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصر والحشيش لا يضمن استحسانا **قوله**
فظهر الى اخره يعني اذا ضمنه الغايب ظهر ملكه لما دفعه للابوين حالة دفعه لما فيظهر انه كان متبرعا
بملكه لهما فلا رجوع له عليهما **قوله** فمضت مدة سقطت هذا اذا طالت المدة فاما اذا قصرت لا تسقط
وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط قيل وكيف لا تصير القصيرة دينا والقاضي مامور بالقضا ولو لم تصر دينا
لم يكن للامر بالقضا بالنفقة فايدة ولو كان كلما مضى سقط لم يكن استيفاء شيء ومثل هذا قدمناه في غير
المفروضة من نفقة الزوجات **قوله** لان نفقة هولاء تجب للحاجة وعن هذا ما قدمناه من انه لو اعطاهم
نفقة او كسوة فسرقت او هلكت كان عليه اخرى لان الحاجة لم تندفع بما سرق ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة
ليس عليه اخرى حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة لانها للزوجة ليست على حاجتها بل لاحتباسها
في تلك المدة وبالتلف قبل مضي تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها **قوله** الا ان ياذن القاضي بالاستدانة
فلا تسقط وان كانت في نفقة ذوي الارحام لما ذكر في الكتاب وما ذكر في زكوة الجامع ان دين نفقة الزوجات
والاقارب بعد القضا مانع من وجوب الزكاة لان له مطالبا من جهة العباد فسوى بين نفقة الزوجات
والاقارب اختلفوا فيه فقيل محله في نفقة الاقارب ما اذا اذن القاضي في الاستدانة واستدانوا
حتى احتاجوا الى وفاء الدين اما اذا لم يستدينوا بل اكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا واليه مال
السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتاخرين ولم يضروه وقيد واطلاق الهداية به وقيل محله ما اذا قصرت
المدة بان تكون شهرا فاقل والله سبحانه اعلم **فصل قوله** وعلى المولى ان ينفق على عبده وامته
عليه اجماع العلما قيل الا الشعبي والاولى ان يحمل قوله على ما اذا كانوا يقدرون على الاكتساب فانه لا يجب على
المولى كما سنذكره ولو كان العبد بين رجلين فغاب احدهما فانفق الاخر بغير اذن القاضي وبغير اذن صاحبه فهو
متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا انفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان
انفق احدهما في مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير امر القاضي فهو متطوع كذا في الخلاصة وفيها اذا شهد شاهدان
على رجل في يده امة ان هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الامة او جحدت ويضعها على يد عدل
ويفرض نفقة الامة ان طلبت على الذي كانت في يده انتهى ولو ان عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا
عبدك اودعته عندي فانكر يستحلف ما اودعه ثم تقضي بنفقته على من هو في يده لانه اقر برقه ولم يثبت لغيره
فيبقى على حكم ملكه ولو كان كبيرا لا يحلف لانه في يد نفسه والقول له في الرق والحرية والحديث الذي ذكره
في الصحيحين من حديث ابي ذر انه عليه الصلاة والسلام قال هم اخوانكم خولكم جعلهم الله تحت ايديكم فمن كان
اخوه تحت يديه فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما لا يغلبهم فان كلفتموهم فاعينوهم ورواه
ابو داود بسند صحيح وزاد فيه ومن لم يلايمكم منهم فبيعوه ولا تعذبوا خلق الله وعن علي رضي الله عنه قال
كان اخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت ايمانكم رواه احمد والمراد
من جنس ما تاكلون وتلبسون لا مثله فاذا البسه من الكتان والقطن وهو يلبس من مثا القز كفى بخلاف الباسه

عن الحوالق والله اعلم ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسون مثلهم الا الافراد **قوله** فان امتنع
وكان لهما كسب اليسار وانفقا على انفسهما حتى لو كان يتمكن من الانفاق على نفسه من مال السيد ليس له
ان يتناول منه الا اذا نهاه عن الكسب اما اذا كان عاجزا عن الكسب فله ان يتناول من مال السيد اذا
ابى ان ينفق عليه **قوله** بان كان عبدا زمنا يفيد انه اذا كان صحيحا الا انه غير عارف بصناعة لا يكون
عاجزا عن الكسب لانه يمكنه ان يواجر نفسه في بعض الاعمال كحمل شيء وتحويل شيء كمعين البنا وما قدمناه
نقلا من الكافي في نفقة ذوي الارحام ثبوته هنا اولى وكذا اذا كانت جارية لا يواجر مثلها بان كانت
حسنة يخشى من ذلك الفتنة اجبر على الانفاق او البيع بخلاف المدبر والمدبرة وام الولد فانه يجبر
على الانفاق عليهما عينا ان لم يقدرا على الكسب بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر في حقه بشيء ولو اعتق عبدا
زمنا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال وكذا العبد الصغير لانه ليس بينهما محرمية وان كان عصبة
له كابن العم **قوله** بخلاف سائر الحيوانات الى اخره ظاهر الرواية انه لا يجبر القاضي على ترك الانفاق
عليها لان في الاجبار نوع قضاء والقضي يعتمد المقضي له ويعتمد اهلية الاستحقاق في المقضي له وليس
فليس لكنه يؤمر ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون اثما معاقبا في جهنم بحبسها عن البيع مع عدم الانفاق
وفي الحديث امراة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت لا هي اطلقتها تاكل من حشائش الارض ولا هي
اطعمتها وذكر المصنف انه عليه السلام نهى عن تعذيب الحيوان يعني ما تقدم من رواية ابي داود لا تعذبوا
خلق الله ونهيه عن اضاعة المال ويتوما في الصحيحين من انه عليه السلام كان ينهى عن اضاعة المال
وكثرة السوال وعن هذا ما ذكر انه يكره في غير الحيوان ان لا ينفق عليها كالاملاك من الدور والزروع
فانه يودي الى ضياع المال وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعي ومالك
واحمد رحمهم الله وغاية ما فيه ان تصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه
وظاهر المذهب الاول والحق ما عليه الجماعة بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب احدهما من القاضي
ان يامره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضي يقول للابي اما ان تبيع نصيبك من الدابة
او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك ذكره الخصاف وفي المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر الشريك
فرع وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان او لا فلو اوصى بعبد لرجل وخدمته لاخر فالنفقة
على من له الخدمة ولو اوصى بجارية لانسان وبما في بطنها لاخر فالنفقة على من له الجارية ومثله اوصى
بدار لرجل وبسكناها لاخر فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى
انا ابنيها واسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار
كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو ان يبنيه
ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا وكذا الواوصى بنخل لواحد وبثمرها لاخر
فالنفقة على صاحب الثمرة وفي التبن والحنطة ان بقي من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال وان لم يبق
فالتخليص عليهما لان المنفعة لهما واقول ينبغي ان يكون على قدر ما يحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب
القليل الا يرى الى قولهم في السمسم اذا اوصى بدهنه لواحد وتجيره لاخر ان النفقة على من له الدهن
لعدم عدمه وان كان قد يباع وينبغي ان يجعل كالحنطة والتبن في ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره
وكذا اقول فيما عن محمد ذبح شاة فاوصى بلحمها لواحد وبجلدها لاخر فالتخليص عليهما كالحنطة والتبن انه يكون

على قدر الحاصل لهما وقيل اجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل ان يقبض قيل على المشتري
فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح انه على البايع ما دام في يده ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر
عليها بل اتفقا على ذلك والله سبحانه اعلم

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والاعتاق في انه اسقاط الا انه اسقاط ملك الرقبة والطلاق اسقاط ملك
منافع البضع واما اسقاط ملك ما في الذمة فيسمى ابراء واسقاط ملك القصاص يسمى عفوا فميزت انواع
الاسقاطات باسماء ليسنب اليها مع اختصار وتسري اضافته للبعض الى الكل وهذا على ظاهر
قولهما وعلى قوله بتاويل الاول الى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ الا انه قدم الطلاق وان كان غير مندوب
اليه على العتق المندوب اليه وصلاله بمقابله وهو النكاح ولانه يقع على محله لشرط وجوده فكان متصلا
به او هو من بيان احكام النكاح لان النكاح يوجب ملك الطلاق وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق
لانه في بيان انه يملكه على اي وجه من الحل والحرمة والندب والسريان وغير ذلك ولا يخفى ما في الاعتاق
من المحاسن فان الرق اثر الكفر فالعتق ازالة اثر الكفر وهو احياء حكمي لموت حكمي فان الكافر ميت معنى
فانه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كانه لم يكن له روح قال تعالى اومن كان ميتا فاحييناه
اي كافرا فهديناه ثم اثر ذلك الكفر الرق الذي هو سلب اهليته لما تاهل له العقلاء من ثبوت الولاية
على الغير من انكاح البنات والتصرف في المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا
شراؤه وامتنع ايضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلوة الجمعة والحج والجهاد وصلوة الجنازة
وفي هذا كله من الضرر ما لا يخفى فانه صار بذلك ملحقا بالاموات في كثير من الصفات فكان العتق احياء
له معنى ولذا والله اعلم كان جزاؤه عند الله تعالى اذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الاعتاق من نار
الجحيم التي هي الهلاك الاكبر فهو بل احياؤه معنى باحيائه معنى اعظم احياء كما ورد به الاخبار عن سيد الابرار
منها الحديث الذي ذكره المصنف رواه الستة في كتبهم عن ابي هريرة عنه عليه السلام ايما امرئ مسلم اعتق
امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار وفي لفظ من اعتق رقبة مؤمنة اعتق الله بكل
عضو منها عضوا من اعضائه من النار حتى الفرج بالفرج اخرجه الترمذي في الايمان والنذور ورواه ابن
ماجة في الاحكام والباقون في العتق واخرج ابو داود وابن ماجة عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
ايما رجل مسلم اعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار وزاد ابو داود وايما رجل اعتق امراتين مسلمتين
الا كانتا فكاكه من النار يجزي مكان عظمين منهما عظم من عظامه وهذا يستدل بما ذكره المصنف من استحباب
عتق الرجل الرجل والمراة المراة لانه ظهر ان عتقه بعتق المراتين بخلاف عتقه رجلا والعتق والعتاق
لغة عبارتان عن القوة وعند عتاق الطير لجوارحها وعتق الفرخ اذا قوي على الطيران وفرس عتيق اذا كان
سابقا وذلك عن قوته والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك احد في عصر من الاعصار
وقيل للقديم عتيقا لقوة سبقه وللخمر اذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تاثيرها وباعتبار القدم والسبق جاءت
اوس بن حجر حيث قال على الية عتقت قديما وليس لها وان طلبت مرام يعني قدمت وانها لا تزام كل وبعد
بانا لغدر قد علمت معد على وجاري مني حرام المعنى انه حلف من قديم انه لا يغدر ولا يرى بجاريته
وكذا تقول عتقت اذا سبقت لتفضل القوة والعتق ايضا يقال للجمال ومنه سمي الصديق عتيقا لجماله وقيل لقدمه

في الخبر وقيل لعتقه من النار وقيل لشرفه فانه قوة في الحسب وهو معنى ما ذكر انه يقال للكريم يعني
للحسيب وقيل قالت امه لما وضعته هذا عتيقك من الموت وكان لا يعيش لها ولد وكل هذه المعاني
ترجع الى زيادة قوة في معانيها وقيل هو اسمه العلم فيمكن ان يكون سبب وضعه له الجمال او نقا ولا له
بالحسب المنيف او بعدم الموت واذا كان العتق لغة القوة فالاعتاق اثبات القوة كما قاله في المبسوط
والعتق في الشرع خلوص حكمي يظهر في الادمي على ما قدمناه ثابتا بالرق ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية
به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال انه القوة الشرعية ويمكن ان يكون هذا المعنى من
افراد المعنى اللغوي وعن هذا قال في الصحاح العتق الحرية بناء على ان القوة المشتهر هو بها لغة اعم من كونها
في البدن او ما يرجع الى معنى اخر ولذا اطلقوه في تلك المواضع التي عددناها باعتبار قوة ترجع الى معنى
يخلفه الا انه مقيد بالحرية الطارية على الرق وبه صرح المغرب حيث قال العتق الخروج عن المملوكية
فالاعتاق شرعا اثبات القوة الشرعية وهو التحرير اثبات الحرية وهي الخلوص يقال طين حر للخالص عما
يشوبه ومنه يقال ارض حرة لا خراج عليها والكل يرجع الى معنى القوة والرق في اللغة الضعف ومنه
ثوب رقيق وصوت رقيق وقد يقال العتق بمعنى الاعتاق في الاستعمال الفقهي تجوزا باسم المسبب عن السبب
كقول محمد انت طالق مع عتق مولاك اياك وسببه الباعث في الواجب تفريغ ذمته وفي غيره قصد التقرب
الى الله تعالى واما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب وقد يكون نفس الملك في القريب وقد
يكون الاقرار بحريته عند انسان حتى لو ملكه عتق وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى
عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند ابي حنيفة وكذا زوال اليد عنه بان هرب من مولاه
الحربي الى دار الاسلام وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره وهو نفسه ركن الاعتاق اللفظي الانشائي
وشرطه ان يكون المعتق حرا بالغا عاقلا مالكا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته في الاختياري انه مندوب
اليه غالبا ولا يلزم في تحققه شرعا وقوعه عبادة فانه يوجد بلا اختيار ومن الكافر بل قد يكون معصية كالعتق
للشيطان والصنم وكذا اذا غلب على ظنه انه لو اعتقه يذهب الى دار الحرب او يرتد او يخاف منه السرقة
وقطع الطريق وينفذ عتقه مع تحريمه خلافا للظاهرية وقد يكون واجبا كالكفارة وقد يكون مباحا كالعتق
لزيد والقربة ما يكون خالصا لله عز وجل فعلق فتحصل ان العتق يوصف بالاحكام من الوجوب والندب
والاباحة والتحريم هذا وفي عتق العبد الذمي ما لم يخف ما ذكرنا اجر لتمكينه من النظر في الايات والاشتغال
بما يزيل الشبهة عنه واما ما عن مالك انه اذا كان اغلا ثمنا من العبد المسلم يكون عتقه افضل من عتق المسلم
لقوله عليه السلام افضلها اغلاها بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب ويجب تقييده بالاعلى من المسلمين
لان تمكين المسلم من مقاصده وتفرغه. واما ما يقال في عتق الكافر مما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر فان
الظاهر رسوخ الاعتقادات والفتها فلا يرجع عنها ولذا نشاهد الاحرار بالاصالة منهم لا يزدادون
الا ارتباطا بعقائدهم فضلا عمن عرض عليه نعم الوجه الظاهر في استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين
واما تعريضه للتامل فيسلم فهو احتمال والله اعلم **قوله** ولا املاك للمملوك عن هذا قلنا ان مال العبد
لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطا والنخعي والشعبي ومالك
لما عن ابن عمر رضي الله عنه انه عليه الصلوة والسلام قال من اعتق عبدا وله مال فالمال للعبد رواه احمد
وكان عمر اذا اعتق عبدا لم يتعرض لماله قيل الحديث خطا وفعل عمر من باب الفضل والجمهور على ابن مسعود

انه قال لعبده يا عمير اني اريد ان اعتقك عتقا هنيئا فاخبرني بمالك فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول ايما رجل اعتق عبده او غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيده رواه الاثرم **قوله** وكذا اذا قال
الصبي الى اخره وكذا اذا قال المجنون اذا او وقت فهو حر لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الاهلية
حال التكلم الملزم فلم يقع تعليقا معتبرا **قوله** لقوله عليه السلام الى اخره روى ابو داود والترمذي
في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن ادم
فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له فيما لا يملك قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو
احسن شيء روي في هذا الباب وقوله حتى لو اعتق عبد غيره لا ينفذ تقييد بعدم الوكالة **قوله** لان هذه الالفاظ
صريح فيه الالفاظ التي تستعمل لانشاء الاعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق باي صيغة كان
فعلا او وصفا او مصدرا فالفعل نحو اعتقتك وحررتك واعتقك الله على الاصح وقيل بالنية والوصف نحو
انت حر ومحرر وعتيق ومعتق ولو في النداء كيا حر يا عتيق فانه كهذا الحر والمولى كقوله هذا مولاي ويا مولاي والمصدر
العتاق عليك وعتقك علي ولو زاد **قوله** واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة او نذر ولو قال انت عتق
او عتاق او حرية عتق بالنية ذكره في جوامع الفقه فعلى هذا لا بد من اصلاح ضابط الصريح ثم حكم الصريح
ان يقع به نواه او لم ينوه لا ان نوى غيره الا في القضا اما فيما بينه وبين الله تعالى هو على ما نوى وينبغي
ان يكون هذا اذا لم يكن هازلا فان كان هازلا فانه يقع فيما بينه وبين الله تعالى وان نوى غيره وهو
الكذب هزلا هكذا يقتضيه صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن عن ابي يوسف
عن اسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق
او عتاق فهو جائز عليه ونزلت هذه الاية ولا تتخذوا ايات الله هزوا في ذلك فانه يقتضي وقوعه عند الله
تعالى عند الهزل به وذكر بعينه محمد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال من تكلم بطلاق او عتاق او نكاح
فهو جائز عليه وزاد الشافعية في الصريح فك الرقبة ودفع بانه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام
لذلك القائل ليسا سواء فك الرقبة ودفع بانه خلاف الحديث وهو قوله عليه السلام ان تعين في
عتقها وقوله تصير حرا اضافة للعتق وتقوم حرا وتقعد حرا يعتق في الحال ولو قال انت النفس عتق
في القضاء وان قال في افعالك واخلاقك لا يعتق هكذا روى محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وقال اما انا
ارى انه يعتق اذا اراد به الحرية وعند ابي يوسف يعتق بالنية قيل والظاهر قول محمد وبادنى تامل
يظهر ان لا فرق بينهما بين العبارتين في المعنى واذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل وعن
احمد انه صريح واستبعد **قوله** لانها مستعملة فيه شرعا وعرفا على وجه تتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه
وذلك امارة الوضع فوافق **قوله** الايضاح وغيره حيث قالوا الصريح ما وضع له والوضع يغني عن النية
قوله فاغنى عن النية يعني انه لا يشترط النية لثبوت العتق اما نية عدمه بان ينوي به شيئا اخر
فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضا على ما سنذكر **قوله** والوضع اي وضع التركيب لا المفرد
على ما لا يخفى ولا المركب حتى يجي فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا مثلا وضع
تشبه الفعل الذي عين الواضع صيغته للدلالة على مضي حدثه الى شيء ليفيد الاخبار بانه وقع منه
فيما تقدم على وقت النطق فجعله لاثبات امر لم يكن وضع اخر له والحاصل ان الحاجة قائمة الى اثبات
هذه المعاني عند النطق ولا بد من دفعها وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الالفاظ فكان

حقايق شرعية على وفق اللغة فيها وهذا لان اهل اللغة ايضا يثبتون هذا المعنى اعني تحرير العبد والانشا
بعض هذه الالفاظ فقوله جعل الانشا في التصرفات الشرعية لم يصح بل فاعل الجعل المذكور والانشا انه
الشارع ويفيده قوله كما في البيع ايضا وحينئذ فيجب ان يكون المراد بجعل الشارع تقريره وكذا في الطلاق
والعتاق وقد قدمنا في باب ايقاع الطلاق تقرير كلام الاصحاب من ان الطلاق يثبت اقتضا تصحيحا للاخبار
قبله وكلام الكافي في العتق ايضا مثله وهو يقتضي انه على خبريته لم يجعل انشا اصلا وعلى هذا قرر المصنف
في الطلاق ولفظه في البيع بخلاف ذلك واما لا تعتبر النية لانها انما تعتبر اذا كان المراد مشتبها
والحق ان المعنى متبادر في خصوص المادة وهو ما اذا كان الخطاب لعبد او بالاشارة كقوله هذا حر
فانه يعتق به ايضا والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فليكن ثبوت
العتق عنده بحكم الشرع اقتضا تصحيحا لاخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو غيره في الطلاق ثم هذا
التقرير انما يجري في غير النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضا على ما سيذكره المصنف هذا ويلحق
بالصريح قوله لعبده وهبت لك نفسك او بعتك نفسك منه فانه يعتق وان لم ينو لان موجب هذا اللفظ
ازالة ملكه الا انه اذا اوجبه لاخر يتوقف على قبوله واذا اوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الاسقاط
فلا يحتاج الى قبوله ولا يرتد بالرد اما اذا قال بعتك نفسك بكذا فانه يتوقف على القبول **قوله** ولا
يدين لانه خلاف الظاهر بخلاف ما لو قال عنيت انه كان حرا في وقت فانه ينظر ان كان العبد من السبي
دين وان كان مولدا لا يدين كذا في الغاية **فرع** في البدايع دعا عبده سالما فاجابه اخر فقال
انت حر ولا نية له عتق المجيب ولو قال عنيت سالما عتقا في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى انما
يعتق الذي عناه ولو قال يا سالم انت حر فاذا هو عبد اخر عتق سالم لانه لا مخاطب هنا الا سالم وفيه
قال لعبده انت حر او لزوجته انت طالق ان نوى العتق والطلاق وقع لانه يفهم من هذه عند
الانفراد ما يفهم عند التركيب الا انها ليست صريحة لانها عند الانفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكناية
فتتوقف على النية ولو قال انت حر اليوم من هذا العمل عتق قضا لانه اذا صار حرا في شيء صار حرا في كل
الاشيا **قوله** وهو لاستحضار المنادي بالوصف المذكور حقيقة تكلم في النداء في مواضع اولها هذا
وتمام عبارته فيه فيقتضي تحقق الوصف فيه وانه ثبت من جهته فيقتضي ثبوته تصديقا له وسنقرره
من بعد اي في مسئلة يا ابني ثانيها فيما اذا لقبه حرا ثم ناداه يا ازاد او ازاد وناداه باحرانه يعتق
فقال لانه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر اخبارا عن الوصف المذكور وهذان معا يفيدان ان عتقه باعتبار
اخباره عن ثبوت الوصف الذي هو ان الحرية فيه فيثبت تصديقا له ولا يخفى انه لا اخبار في النداء الا
ضمنا فان قوله يا حر يتضمن معنى يا من اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه وهذا يفيد
ان ثبوتها اقتضا تصحيحا لاخباره الضمني وهو لا يقتضي نقل الاخبار الى الانشاء واما كلامه في
الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا اخي حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا اخر وهو ان
يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادي يمكن اثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك
تجعل لمجرد اعلامه باستحضاره والبنوة لا يمكن اثباتها حالة النداء لانه لو خلق من ماء غيره كان ابنا له قبل
النداء لا به **فرع** في جوامع الفقه قال لعبد غيره يا حر استقني ثم اشتراه يعتق قيل هذا نقض للقاعدة
اجيب بانه يمكن اثبات حال النداء بان اعتق عبد غيره واجاز المولى فانه يعتق **قوله** لان مراده الا

اي اعلام العبد باسم علمه لمحض ندايه وهذا ظاهر اذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غير استحضار
الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق الا ان يريده فيعتق حينئذ **قوله** او قال لامته فرجك حر
الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة
ولو قال لها فرجك علي حرام ينوي العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفي لسان الحر يعتق لانه
يقال هو لسان القوم وفي الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفي الدبر والاست الاصح
انه لا تعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفي العنق روايتان والاولى ثبوت العتق في ذكرك حر لانه يقال في
العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكرهم وهو ذكرهم **قوله** وسيأتيك الاختلاف عند ابي حنيفة يعتق
على ذلك المقدار وعندهم يعتق كله وهي مسئلة تجزي الاعتاق الاتية **قوله** ولو قال لا ملك لي عليك شروع
في الكنايات والحاصل ان ما ليس بصريح من الالفاظ منها ما يقع العتق به او نواه ومنه ما لا يقع به شي وان نواه
فالاول نحو لا ملك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لا رق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقوله لامته اطلقتك او انت حرة وقال لعبده انت حرة عتق في الجميع ان نوى
ولو قال انت لله او جعلتك لله خالصا روي عن ابي حنيفة لا يعتق وان نوى لان الاشيا كلها لله بحكم التخليق وعنهما
انه يعتق لان الخلوص لا يتحقق الا بالعتق والثاني نحو ان يقول لعبده بنت مني ولامته بيني او حرمت علي او انت
بريه او باين او بتة او اخرجي او اعزبي او استتري وتقنعي او اذهبي او اختاري فاختارت نفسها لا يثبت
العتق بها وان نواه وكذا اطلقتك وكذا ساير صرايح الطلاق وكناياته لما سنذكر وكذا اذا قال اذهب
او توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وان نوى في المعنى اذهب حيث شئت كناية ولو قال انت مثل الحر
لا يعتق لان التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك وقال بعض المشايخ يعتق اذا نوى كقوله لامرأته
انت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به موليا ان نوى الايلا **قوله** لان السلطان عبارة
عن اليد قيل فيه تسامح بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد لكن كلام المصنف يفيد انه التحقيق لا التسامح
والتجوز فانه قال وسمي السلطان به لقيام يده فانه يقتضي ان المعنى الحقيقي الاصلي للسلطان هو اليد وتسمية
غيره به لاتصافه باليد كما يسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس كل سلطان
في القران هو الحجة واليد فاذا قال لا سلطان لي عليك فانما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك
كالمكاتب بخلاف نفي السبيل لانه نفي الطريق والطريق المسلوك لا يراد حقيقته هنا فجعل كناية عن الملك
لان الطريق ما يتوصل به الى غيره والملك في العبد يتوصل به شرعا الى نفاذ التصرفات فاذا صح جعله كناية
عنه عتق اذا اراده بخلاف السلطان فانه اليد فنفيه نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب
فلو جعل كناية عن العتق وفيه ازالة اليد والملك لثبت باللفظ اكثر مما وضع له وانه لا يجوز وكذا لا حجة
لي عليك واعلم ان بعض المشايخ مال الى انه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك وبه قال الائمة الثلاثة وقال
بعض المشايخ انه ليس ببعيد وعن الكرخي رحمه الله فني عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل
ومثل هذا الامام لا يقع له مثل هذا الا والحل مشكل وهو به جدير اما اولا فان اليد المفسر بها السلطان
ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة فاذا قيل له سلطان اي يد يعني الاستيلاء وقد صرح في الكافي
بان السلطان يراد به الاستيلاء واذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة او مجازا فصح انه يراد منه ما يراد
بنفي السبيل بل اولى بادنى تامل واما ثانيا فالمانع الذي عينه من ان يراد به العتق وهو كونه يثبت باللفظ

اكثر ما وضع له غير مانع اذ غاية الامر ان يكون المعنى المجازي اوسع من الحقيقي ولا بدع في ذلك بل هو ثابت
في المجازات العامة فان المعنى الحقيقي فيها يصير فرداً من المعنى المجازي كذا هذا يصير زوال اليد من افراد
المجازي اعني العتق او زوال الملك فالذي يقتضيه النظر كون نفي السلطان من الكنايات **قوله** وثبت
علي ذلك قيل هذا فيه اتفاقي لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط وذكر في الينابيع الثبات ليس بلازم وفي
النهاية رايت بخط شيخي وفي شرح القدوري لابي الفضل اراد بقوله وثبت علي ذلك انه لم يدع به الكرامة
والشفقة حتي لو ادعي ذلك يصدق وفي اصول فخر الاسلام الثبات علي ذلك شرط لثبوت النسب لا للعتق وبه نفتي
ما في المحيط وجامع شمس الايمة والمجتبي هذا ليس بقيد حتي لو قال بعد ذلك اوهمت او اخطات يعتق ولا يصدق
ولو قال لاجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنتي ثم تزوجها بعد ذلك جاز اصر علي ذلك ام لا قالوا هذا في معروفة
النسب اما مجهولة النسب ان دام علي ذلك ثم تزوجها لم يجز والا جاز قال في المجتبي عرف بهذا ان الثبات شرط
الفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق وانما شرط الثبات لثبوت النسب دون العتق لان ثبوت النسب يصح
الرجوع عن الاقرار به دون العتق علي ما سمعت من التزوج بمن اقر بنسبها وفي مختصر الكرخي اذا اقر في مرضه
باخ من ابيه وامه او ابن ابن او بعم وصدقه المقر به ثم انكر المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصي بماله
لرجل ولا وارث له فان المال كله للموصي له ولا شيء للمقر له لان المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره
لازماً ثم اذا قال هذا ابني هل تصير امه ام ولد له اذا كانت في ملكه قيل سواء كان الولد مجهول النسب او
معروف النسب وقيل تصير ام ولد له في الوجهين وقيل ان كان معروف النسب حتي لم يثبت نسبه منه لا تصير
ام ولد له وان كان مجهوله حتي يثبت نسبه منه صارت ام ولد له وهذا اعدل **قوله** اذا كان يولد
مثله في السن ان يكون ابنا لمثل المدعي في السن وحاصله اذا كان سنه تحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتي لو كان
المدعي ابيض ناصعا والمقول له اسود حالك او بالقلب ثبت النسب **قوله** وان كان ينتظم الناصر قال
تعالي ذلك بان الله مولي الذين امنوا وان الكافرين لا مولي لهم وابن العم ذكر في قوله تعالي حكاية عن زكريا واني
خفت الموالي من وراي **قوله** فتعين الاسفل فالتحق بالصريح اورد عليه شارح انه مشترك استعمل في معان
فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم المولي لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل يحصل النصرة
بهم علي انا نقول الصريح يفوق الدلالة والمتكلم ينادي انا عنيت الناصر بلفظ المولي وله دلالة عليه حقيقة
وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل علي ان المراد الاسفل ولا يعتبر ارادة الناصر ونحوه وهذا في
غاية المكابرة انتهي والجواب ان قوله استعمل انا رادا يا معنا مجوز ان يكشف المراد في معان فلا يكون
مكشوف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقترانه بما ينفي غيره اقترانا ظاهرا كما هو فيما نحن فيه
ومنعه ان المولي لا يستنصر بعبده لا يلايم ما استدل به من قوله يحصل النصرة بهم لان المراد انه اذا جرى به امر
لا يستدعي للنصر عنده بل ببني عمه وان كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه يانف من دعايهم عادة وندايهم لذلك
فاين دعاوه اياهم لذلك من كونهم ينصرونه واما قوله الصريح يفوق الدلالة فكلا نما اراد الكناية بطغي
قلمه فنقول هذا الصريح وهو قوله اردت الناصر بلفظ المولي انما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصريح
في ارادته العتق فاثبت حكمه ذلك ظاهرا وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام
فيه ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه لو اراد الناصر لم يعتق فاين المكابرة واعلم ان في المسئلة خلاف ذهب
بعض المشايخ انه لا يعتق في هذا مولاي لا بالنية وانه بين الصريح والكناية **قوله** وقال زفر لا يعتق في

الثاني وهو يا مولاي الا بالنية وبقوله قال الشافعي ومالك واحمد لانه يراد به الاكرام بمنزلة قوله يا سيدي
يا مالكي فافاد انهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا في يا سيد وقد قيل
انه يعتق بهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق في يا سيدي لا في يا سيد والمختار انه لا يعتق فيهما الا بالنية
قوله بخلاف ما ذكر وهو يا سيدي يا مالكي لانه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا بعد العتق لانه
لا يصير سيدا بالعتق لسيده والوجه ان حقيقته متعذرة لفرض ان المتكلم حر غير عبد فتعين المجاز ولم يلزم خصوص
المجازي الذي هو العتق لجواز ان يريد مجازا اخر هو الاكرام فلا يتعين لاحدهما الا بالنية فقلنا اذا نوي
بيا سيدي العتق عتق اما اذا لم تكن له نية صير الي الاخف الذي هو الاكرام لان زوال الملك لا يثبت بالاحتمال
بلا نية بخلاف يا مولاي لانه حقيقته في الاسفل ثبت العتق بعد ما نفي الحقايق الاخر بالنا في **قوله** لو قال
يا ابني او يا اخي لم يعتق لان الندا للاعلام المنادي بمطلوبية حضوره فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته
لضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف وان لم يمكن تجرد للاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة العتق
الا تابعا لو تخلق من ماء غيره ولا يثبت لثبوت النسب وعلي هذا فينبغي ان يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد
معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب ان يثبت النسب تصحيحا له فيعتق وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله
لو قال لعبده يا خالي يا عمي او يا ابي او يا ابني يا جدي ولجاريته يا عمتي يا خالتي او يا اختي او لعبده يا اخي لا يعتق
في جميع ذلك ووجهه علي وجه يدفع قوله ان المقصود من الندا استحضار الذات الا انه اذا كان بوصف
يمكن اثباته من جهة المنادي بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع الندا والا فلا لان الابنية لا يمكن اثباتها
بذلك اللفظ سواء خلق من مايه او من غيره **قوله** المصنف لانه لو خلق من ماء غيره الي اخره لا فايدة فيه للقطع
بانه اذا خلق من مايه لا يثبت الابنية الا بذلك التخليق من ذلك الماء لا باللفظ وهذا علي ان ثبوته لا بطريق
الاقتضاء وذلك لان ما يثبت لتصحيحه يجب كونه خبرا صريحا بخلاف ما تضمنه الندا بالوصف وعلي هذا فما
قدمنا تقريره في باب مساهلة لعدم اختلاف الجواب فان الثابت الحرية فان فرض ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني
او اثباتا منه بلفظ الندا بالوصف يحصل المقصود واما الرواية عن ابي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة
فليس وجهها الا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقق وصف الابنية غير انه يستلزم ثبوت النسب اذا كان العبد
مجهول النسب ومثله يولد له وعدم العتق اذا كان معلوم النسب **قوله** لهم ان هذا كلام محال اي معناه
الحقيقي محال فيرد فيلغو لغوا نفسه واذا عد لغوا لم يوجب حكما اصلا لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا
باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق كما انه لما لغي قوله اعتقتك قبل ان اخلق لم يثبت به العتق وهذا بنا علي ان
شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الاصلي فان المجازي ليس محلا وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بان يكون
مثلا مبتدا وخبرا ومن سعد بانتهاض وجهه في المبني سعد بهذا الفرع ونحوه وبه يعرف ان استدلال اللم
كله في غير محل النزاع لانهم لا ينكرون ان البنوة سبب للعتق وانه طريق المجاز بل الشرطان بعد ذلك شرطا الحكم
وهو تصور حكم الاصل اي الحقيقي فتحرير محل النزاع ان يقول اتفقوا علي ان المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معني
الخلف به والاصل ان لا يصار الي المجاز الا عند تعذر الحقيقة او تعين المجاز بدليل اخر واختلفوا في جهة الخلفية
فعندهما الخلفية بينهما في الحكم يعني ان الحكم الذي يثبته المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم
الذي يثبته المجاز نفس هذا اللفظ اذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب وعند ابي حنيفة في التكلم يعني نفس الكلام
فيكون لفظ هذا ابني مستعملا في الحرية خلفا عن هذا ابني مستعملا في ثبوت البنوة وقيل الخلف عن لفظ هذا

حر وهو الاصل والاول اوجه وان كان معنى الاخر صحيحا لانهم لم يحكوا خلافا فاسوي في جهة الخلفه وعلى ما
قيل يكون فيهما وفي الاصل ايضا انه نفس اللفظ الذي هو المجاز في الاستعمال الحقيقي او اللفظ الذي يؤدي
ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة وقال فخر الاسلام في تخريج قول ابي حنيفة يشترط صحة الاصل من
حيث انه مبتدا وخبر موضوع الايجاب بصيغته فاذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته الى اخر ما ذكره ولا شك
ان صحة الاصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي انما هو في هذا ابني للاكبر اما هذا حر فصحيح لفظه ولم يتعذر
معناه الحقيقي واستدل لهما مرة بانه لابد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له الى المتجوز فيه لتوقف اللازم
على الملزوم فلابد من امكانه والا استحال لان الموقوف على المحال محال ومرة بالقياس على مسئلة الحلف على مس السما
وشربها في هذا الكوز ولاما فيه حيث تحنث عقيب اليمين في الاولى وتجب الكفارة فيه دون الثانية فوجوب
الكفارة خلف عن البر ولما امكن البر في الاولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ولما لم يتصور في
الثانية لم تنعقد فراينا الخلف يعتمد قيامه امكان الاصل وتارة بان الحكم هو المقصود باللفظ فاعتبار الخلفية
بين اللفظين من جهة ما هو المقصود اولى من غيره واجيب عن الاول بان توقفه على فهم الموضوع له على
انه غير مراد لينتقل عنه الى اللازم المراد وفهمه لا يستلزم امكان تحققه في الخارج وتجيب عن الثاني بان تلك
الخلفية حكمين شرعيين ومعنى خلفيه حكم شرعي لاخر هو كونه انما يتعلق شرعا بتقدير تعذر امتثال الاول وهذا فرع
تعلق الاول وتعلق الخطاب دائر مع الامكان الذاتي كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء فلا يتصور
شرعا خلف استحال اصله لانه لا تعلق اذ ذاك ولم يجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر وحينئذ ظهر انه
لا ملازمة بين لزوم امكان محل حكم شرعي لتعلق الحكم بخلفه ولزوم امكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك
اللفظ مجازا وظهر مما ذكرنا ان حكم اليمين الاصلي هو وجوب البر لا البر نفسه والجواب عن الثالث ان هذا تصرف
باللفظ بان يستعمل مرة فيما وضع له واخرى فيما لم يوضع ولم يعلم من جهة اهل اللسان انهم اشترطوا لذلك
سوى وجود مشترك لجواز التجوز وهو لا يحتاج سوى الى ادراك الحقيقي ثم الحاجة الى ادراكه ليس لنفسه بل لتعقل
العلاقة فانه ما لم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة الى مجرد فهمه ايضا غير مقصود بالذات فاشتراط امكان
وجود المعنى الحقيقي في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فانه يستلزم ان لا يجوز زيد اسد فانه وزان
هذا ابني للاكبر منه فان معنى المركب الحقيقي مستحيل لاستحالة كون الانسان اسدا والاتفاق على جوازه بل
وعلى بلاغته وما فرق به من ان هذا مستعار بجملته بخلاف هذا اسد لان المجاز في نسبته دون الالفاظ
ممنوع واذا ثبت انتفاء هذا الشرط فاذا تكلم به وتعذر الحقيقي له وللكلام طريق تجوز به فيه تعين نوى او لم
ينو اذ لا مزاحم كيلا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك فانه يكون مجازا في معنى عتق عليه من حين ملكه استعمالا
لاسم الملزوم في لازمه ثم ان كان هذا داخلا في الوجود عتق ديانة وقضاء والا فقضاء ولا تصير امه بذلك ام ولد له
خلافا لهما فعتقه قبل ان الخلو ادخل لانه لا طريق له الى المجاز فلغى ضرورة وقوله وهذا خلاف ما اذا قال
لغيره الى اخره جواب عن مقيس لهما واذا قال اخر قطعت يدك خطا فاخرجهما صحيحتين فانه يلغو هذا الكلام
بالاتفاق ولم يجعل مجازا عن الاقرار بالمال لعدم امكان معناه الحقيقي فاجاب بان لغوه ليس لتعذر الحقيقي
بل لتعذر كل منه ومن المجازي لان المال الذي القطع سببه مال مخصوص وهو الارش الواجب على العاقلة
في سنتين ولا يمكن اثباته الا من حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب والذي يمكن
اثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع ايجاب المال به مطلقا فلغى ضرورة بخلاف ما نحن فيه

لان الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حر او لفظ ابني فامكن المجازي حين تعذر الحقيقي فوجب صونه عن
اللغو وقوله ولو قال هذا ابي الى اخره جواب عما قيل انه يلغو فقال بل هو على الخلاف ايضا فعن ابي حنيفة يعتق
واما لو قال لعبده الصغير هذا جدي فاجاب عنه اولا بانه على الخلاف وقيل هو الاصح لانه وصفه بصفة من
يعتق بملكه وثانيا بالفرق وانه لا يعتق اتفاقا وهو ان هذا الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب
ولا وجود له في اللفظ **قوله** ولو قال هذا اخي اي لعبده لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق
وهي رواية الحسن وجه الرواية بين ما بيناه نحو اله وجه رواية الحسن على قوله ان البنوة سبب للحرية في
المملوك ويعرف منه وجه هذه وهو ان الاخوة سبب لعتق المملوك وجواله الظاهر على قوله في هذا
جدي وقيل لا يعتق بالاجماع لان هذا الكلام لا موجب له في الملك الى اخر ما ذكره ونظيره هنا ان هذا
الكلام لا موجب له في الملك الا بواسطة الاب او الام ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما
ولان الاخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب الا بدليل حتى لو قال من ابي او من امي او من النسب
عتق اذا عرف هذا فلا شك في صحة الاصل المذكور لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عليه منع التعين لثبوت استعماله
كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير اليه فلا يتعين واحد من المعنيين المجازيين ويتعين هذا لانه ايسر كما قررنا
في يا سيدي يا مالكي لما تعذر الحقيقي لم يعتق عليه في القضاء الا بالنية فان اجيب بان اعتبار الفائدة
الشرعية اولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا اخي فانه لا يعتق به ودفعه بانه مشترك بين المشارك في
النسب والدين والقبيلة وحكم المشترك التوقف الى القرينة حتى لو قال من ابي او امي عتق وبان العتق
بعلة الولاد ولا عبرة له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه يرد عليه منع الاشتراك
بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ولو دار بينهما كان المجاز اولى فان علة عتق القريب عندنا
القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالي وعمي بلا خلاف بين اصحابنا ذكره في البدائع وفرق
بينه وبين هذا اخي بانه يحتمل الاكرام والنسب بخلاف العم فانه لا يستعمل للاكرام عادة وهذا يقوي
ما اوردناه في هذا ابني فلا مخلص الا بترجيح رواية العتق في هذا اخي وهو ما نقلها المصنف **قوله**
ولو قال لعبده هذا بنتي وكذا اذا قال لامته هذا ابني لا يعتق وان كان يولد مثله لمثله لان الاول المجاز
عن عتق في الذكر لانه لجهة البنتية حقيقة والثاني عنه في الانثى فانتفى حقيقته لانتفا محل ينزل
فيه ولا تجوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ولئلا يلزم تعميم اللفظ في
معنيين مجازيين احدهما من حيث هو والاخر من حيث هو مضاف وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع ان
الاتفاق على منعه اللهم الا ان يعتبر المجاز عقليا في نفس اضافة البنت وكل من لفظ الاشارة والبنت والابن
حقيقة فالتجوز في نسبة المراد بالاشارة بالابنية الى مسمى الياء عن نسبته اليه بالعتق فيتعين الاول
وما ذكره المصنف بيان تعذر عتقه بطريق اخر وهو انه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية والمسمى
من جنس المشار تعلق بالمشار وان كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الاصل في باب المهر وهو
الذي اراده بقوله حققناه في النكاح والمشار اليه هنا مع المسمى جنسان لان الذكر والانثى في الاناسي
جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم ان يتعلق الحكم بالمسمى اعني مسمى بنت وهو معدوم هنا لان الثابت
ذكر **قوله** وكذا على هذا الخلاف جميع الفاظ الصريح كانت مطلقة والطلاق والكناية كما لو قال
لامته انت علي حرام او بائن او بتلة او بتة او بنت مني او خلية او برية او حبلك على غاربك واخرجي وتوبي

واذهبي واعزبي واختاري فاختارت نفسها او تقنعي او قال ذلك لعبده لا يعتق في ذلك كله وان نوى
بخلاف ما تقدم من قوله اطلقتك ونوى حيث يعتق بالاتفاق وقال الشافعي يعتق في ذلك كله اذا
نوى وعن احمد روايتان احديهما كقولنا والاخرى كقوله **قوله** لان بين الملكين اي ملك الرقبة وملك
النكاح موافقة **قوله** اذ كل منهما الى اخره حاصله انه اثبات للمشابهة بين الملكين اعني ملك الرقبة وملك
النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما اما الاول فان النكاح في حكم ملك العين شرعا لا ملك المنفعة
لترتب لازم ملك العين شرعا عليه اذ هو اشتراط التابيد له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه
وهو التوقيت حتى انه يبطل به اذ هو لازم لملك المنفعة اعني الاجارة ويستفاد بكل منهما ملك الوطي
خلاف الاجارة واما الثاني فلان كلا من التصرفين اسقاط للملك ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت
السراية فيه واما الحكم التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الاموال وهي معنى
القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد ادميا مكلفا
فان هذه خصايص الادمية فالادمية مع التكليف هي السبب وانما امتنعت بمانع الرق وبالعتق يزول
المانع فيظهر اثر المقتضي كالزوجة في حق الخروج والتزوج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب لا لسلب
اهليتها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ولهذا لا يصح لفظة العتق
والتحرير كناية عن الطلاق فيجب ان يصح الطلاق كناية عن العتق لان صحة الاول للمناسبة وهي مشتركة
لانها نسبة بين الطرفين فاذا ناسب الشيء غيره ناسبه الاخر **قوله** ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه اي ما
لا يسوغ استعماله فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال لا يوجب
شرعا ثبوت ذلك المعنى الشرعي كما لو قال اسقيني ينوي به العتق او الطلاق لا يقعان وانما قلنا انه لا
يسوغ استعماله فيه لان مسوغ استعمال اللفظ في المعنى اما وضعه له او التجوز به فيه والاول منتف
وكذا الثاني لان التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضع اللغة انواعها وهذا ما يقال ان نوع العلاقة
موضوع فوضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعا عاما وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعا نوعيا وحقيقة
الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى اخر مشترك اعتبر به فللمتكلم ان يطلقه على ذلك المعنى
وثبوت اعتباره عنه بان يثبت عنه انه استعمل اللفظ باعتبار جزئي من جزئيات ذلك المشترك فيثبت
اعتباره لذلك النوع لتحققه في ذلك الجزئي ونقل اعتباره والثابت عنه في علاقة المشابهة ان يكون
وصفا خارجا ظاهرا في المتجوز عنه ثبوته فيه اقوى منه في المتجوز به فيصير المتجوز به مشبها والمتجوز عنه
مشبها به وقولهم يشترط كونه وصفا مختصا مرادهم كونه ظاهرا في المشبه به المتجوز عنه لا حقيقة
الاختصاص والا لم يكن مشتركا فلا تجوز باعتباره الا بالبين هو فيه فالاول لا يجوز التجوز باسد للابخر
والمحموم مع انهما وصفان ملازمان للاسد لعدم ظهورهما وشهرتهما وللثاني وجب ان لا يكون المعنى المشترك
في محل المجاز اكثر منه في محل الحقيقة اذا عرف هذا فقوله الاعتاق انما هو اثبات تلك القوة التي فصلنا
فروعها للعلم بعدمه ملك تلك الامور قبله والاصل في اضافة عدم الشيء ان يكون الى عدم المقتضي لا الى
قيام المانع لان عدمه هو الاصل في عدم الحكم لان الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضي ولو سلم فالاصل
عدم المقتضي فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ودعواه انه الادمية مع التكليف ممنوعه بل
مجرد ذلك لا يقتضي ملكا اما عقلا فظاهر واما شرعا لم يثبت بل انما يثبت شرعا دوران الملك مع الحرية

فلتكن السبب الشرعي والطلاق لازالة قيد النكاح ليعمل ملكها القايم عمله حتى يجوز الخروج والتزوج وهذا
لان ملكها متحقق الثبوت بعد التزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ
النسب ولا مناسبة بين ازالة المانع في محل ليعمل الملك القايم عمله وبين اثبات الملك الزايل لحل لعلاقة تجوز
التجوز وهي ان تكون مختصة بالمتجوز عنه اي ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه اقوى منه في محل المجاز المشبه ايو
هنا عكس هكذا فان الاسقاط المشترك ثبوته في العتق اكثر واقوى منه في الطلاق والتجوز بلفظ الطلاق
يقتضي كون الطلاق هو الاكثر اسقاطا واشهر به فكذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على
وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ولان العتق سبب لزوال الملك المتعة حيث كان سبب زوال الرقبة
فهو فيه لفظ السبب في المسبب بخلاف قلبه فانه المسبب في السبب وهو ممنوع الا ان اختص والا وجد المسبب
دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة وما قيل ليس سببا ايضا بدليل ان الامة لو كانت مزوجة فاعتقها
لا يوجب زوال ملك المتعة اما بناء على اعتقاد ان المراد بالسبب العلة وهو منتف ولو سلم فالعلة انما
تؤثر عند كون الحكم معدوما وما قبلها الا يرى ان البول بعد الريح لا يوجب حدثا ولم يخرج بذلك عن كونه علة
للحدث وعلى من يلتزم انه يوجب حدثا اخر يمكن ان يقال الا يجب العتق حرمة اخرى للمتعة ثم هذا قيل الكنايا
منها ما يقع العتق بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك او وهبت لك نفسك او اوصيت لك او بعت
نفسك منك فهذه كنايات لا تحتاج الى النية لان الاحتياج اليها اذا كانت تحتمل معاني وهذه لا تحتمل غير
العتق فامتنعت عنها ومنها ما يقع بالنية كما تقدم ومنها ما لا يقع وان نوى كلفظ الطلاق وكناياته
والتحقيق في مثل الاول ان يقال انه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث ان ما سوى العتق انتفت ارادته فتعين
فالحق بالصريح وانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي وهذا
بناء على ان الصريح يخص الوضعي والا فيجعلان صريحا وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا **قوله**
ولو قال ما انت الا حر عتق لان الاستثناء من النفي اثبات على وجه التاكيد هذا هو الحق المفهوم من تركيبه الا
لغة وهو خلاف قول المشايخ في الاصول وقد بيناه في الاصول وانه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد
الثنيا واما كونه اثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الاثبات المجرد **قوله** ولو قال راسك راس حر
لا يعتق لانه تشبيه بحذف حرفه ولو قال راس حر عتق لانه اثبات الحرية فيه اذ الراس يعبر به عن جميعه وهذا
يقتضي انه لا ينوي كما لو قال راسك حر فانه لا يحتاج الى النية لكن المسئلة منقولة من نوادر ابن سماعة لو قال
راسك راس حر عتق اذا نواه وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا
يعتق وفي الهاروني لو راها تمشي فقال هذه مشية حر او تكلم فقال هذا كلام حر لم يعتق الا ان يقول
اردت العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن بن زياد من قول نفسه يعتق في القضاء ويدين فيما بينه
وبين الله تعالى وفي نوادر بن سماعة عن محمد قال حسبك حرا واصلك حر وعلم انه من سبي لا يعتق لانه صادق
وكذا لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء وسعه
فيما بينه وبين الله سبحانه ولا تعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال استك حر كان حرا وكذا ذكرك حر
وتقدم **فصل** اعقب العتق الاختياري بالاضطراري **قوله** وهذا اللفظ روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم رواه النسائي عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثوري عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم عتق عليه وضعفه النسائي والبيهقي بسبب ان ضمرة انفرد به عن

سفيان وصححه عبد الحق وقال ضمرة ثقة واذا اسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا ارسال من ارسله
ولا وقف من وقفه وصوب ابن القطان كلامه وممن وثق ضمرة ابن معين وغيره وانما لم يحتج به في الصحيح واما الحديث
الثاني وهو قوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر فاخرجه اصحاب السنن الاربعة عن حماد بن سلمة
عن قتادة عن الحسن الاربعة عن حماد بن سلمة عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ابو داود
وغيره انفرد به عن الحسن عن سمرة حماد وقد شك فيه فان موسى بن اسماعيل رحمه الله قال في موضع اخر عن سمرة
فيما يحسب حماد وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن عن النبي صلى الله عليه وسلم وشعبة احفظ من حماد انتهى
وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو ان رفع الثقة لا يضره ارسال غيره ورواه الطحاوي
من حديث الاسود عن عمر موقوفا وروي من حديث ابن عمر موقوفا وعايشة وعلي باسانيد ضعيفة وروى الطحاوي
باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة بن كهيل عن المستورد ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد
ان يسترق اولادها فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا فاراد
ان يسترق ولدي فقال ابن مسعود كذب ليس له ذلك وفي المبسوط ان ابن عباس قال جاء رجل الى النبي صلى الله
عليه وسلم وقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته فاني اريد ان اعتقه فقال
عليه الصلاة والسلام ان الله قد اعتقه **قوله** والشافعي الى اخره وبقولنا قال احمد وذكر الخطابي في
معالم السنن انه قول اكثر العلما وفي الغاية روي ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة
وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطا والشعبي والزهري وحماد والحكم والثوري وابن شبرمة وابو سلمة
والحسن بن حي والليث وعبد الله بن وهب واسحق والظاهرية وقال مالك يعتق في قرابة الولاد والاخوة
والاخوات لا غير وفي المبسوط قال داود الظاهري اذا ملك قريبه لا يعتق بدون الاعتاق بظاهر قوله عليه
السلام لن يجزي والد ولده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه ولو عتق بنفس الشرا لم يبق لقوله فيعتقه
فايدة ولان القرابة لا تمنع ابتدا الملك فلا تمنع بقاه ولنا قوله تعالى وما ينبغي للرحمن ان يتخذ ولدا ان كل من في
السموات والارض الا اتى الرحمن عبدا لقد احصاهم وعدهم عدا ثبت به ان الابنية تنافي العبدية فاذا ثبتت
الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشرا كما يقال اطعمه فاشبعه وسقاه فارواه وفي التعقيب
حاصل ان العتق يعقب الشرا وانما اثبت له الملك ابتداء لان العتق لا يحصل قبله بخلاف ملك النكاح لم
ابتدا لانه لا فائدة في اثباته لاستعقاب البينونة قوله لان ثبوت العتق من غير مرضات المالك في الولادة
بنفيه القياس على غيره القريب من العبيد وعلى ساير الاملاك اذ لا يخرج عن ملك مالكها من غير رضى واختيار ولا
يقتضيه القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والاجماع الا ان لا يعلل خلافه والاخوة وما
يضاهيها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الالحاق اي الحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال
اي الالحاق بطريق الدلالة لعدم الاولوية والمساواة بل يجب الالحاق بغير المحارم من القرابات فالقرابات
ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كابناء الاعمام والعمات وابنا الاخوال والخالات وجب رد المتنازع
فيه الى ما هو اشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم وهو بالثاني اشبه حقيقة وحكما اما حقيقة فلان قرابة
قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية واما الثاني فلانا راينا احكامهم متحدة بغير المحارم في
الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاتب فكذا في هذا الحكم **قوله** ولنا ما روينا فيتحمل معه جميع
المعاني المعينة والقياس الصحيح لدلالة النص لقربه من ملك قريبه قرابة موثرة في المحرمية فيعتق عليه كما في الولاد

وهذا اعني كونه قرابة موثرة في المحرمية هو المؤثر في الاصل وهو قرابة الولاد يعني هو الذي تعلق به الحكم
فيه والولاد ملغي ولو سلم فغاية ما صنع انا ارانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز ان
يعلل الاصل باخرى متعدية الى ما لم يتعد اليه تلك وهو ما عيناه من القرابة المحرمية لانها قد ظهر اثرها في
جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذي هو ادنى الدليلين فلان يوثر في رفع اعلاهما وهو ملك الرقبة
اولى وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذي لا نزاع في صحته والنص ايضا يدل على تعيينه وهو ما رويناه
يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمية لما عرف وهذا يفيد الغاء ما عينه وقول المصنف حتى وجبت النفقة الزام
مختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك الزام به غير معتبر خلافه وكانه ثابت
اتفاقا وتوهمهم ان الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع وهو غير قادح لان
الراوي قد يصل وكثيرا ما يرسل ومعلوم انه اذا ارسل فلا بد ان يكون عن واسطة وغاية الامر انه عين الواسطة
مرة وتركه اخرى ولو كان مرسلا كان من المرسل المقبول اما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك واحمد فمقبل
بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته واما على قول الشافعي فيقبل اذا علمت الصحابة على وفقه وانت علمت
ان الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم فثبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا
الحكم فان شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم به فيه لانه الحاق بالاشبهية ولا اثر له ولو كان
صحيحا عنده فالمعنى الذي ظهر اثره في جنس الحكم اولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع **قوله** ولا فرق
بينما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق بينهما اذا كان العبد مسلما او كافرا في دار الاسلام
لعموم العلة وهي القرابة المحرمة وقيد بقوله في دار الاسلام لانه لا حكم لنا في دار الحرب فلو ملك قريبه في
دار الحرب او اعتق المسلم عبده في دار الحرب لا يعتق خلافا لابي يوسف وعلى هذا الخلاف اذا اعتق الحربي عبده
في دار الحرب ذكر الخلاف في الايضاح وفي الكافي للحاكم الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا اما اذا
اعتقه وخلاه ففي المختلف قال يعتق عند ابي يوسف وولاوه له وقالا ولا ولاء له لان عتقه بالتخلية لا بالاعتاق
فهو كالمراغم ثم اذا قال المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثم القياس ان لا يعتق بدون التخلية
لانه في دار الحرب ولا يجري عليه احكام الاسلام وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم ينقطع عنه احكام
المسلمين ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان وذكر قول محمد مع ابي يوسف
في كتاب السير وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الايضاح ان يراد بالمسلم ثمة الذي نشا في دار الحرب وهنا نص
على انه داخل هناك بعد ان كان هنا فلذا لم ينقطع عنه احكام الاسلام وهذا الخلاف استحقاق النفقة لانها
منوطة بعلة القرابة المؤثرة بالنص فلم تجمع اختلاف الدين **قوله** والاقرار عند العدرة جواب عن
اعتباره بعدم التكاتب فقال علة العلة التي عينها الشرع افتراض الوصل والافتراض جميع اجزايه عن ابي حنيفة
رحمه الله انما يثبت عند القدرة وانما هي قائمة بالحر والمكاتب عبد لا يقدر على الاعتاق والكتابة نوع اعتاق
فليس كتابة غير الولاد مما ينتظم كتابته بخلاف كتابة الولاد فانه لكون الجزئية قائمة يدخل لان الكتابة ترد على
جميع اجزايه على ان عن ابي حنيفة انه يكاتب على الاخ وهو قولهما فلنا ان نمنع والجواب عن الشهادة والزكوة
ان عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار انه تمليك من نفسه وشهادة لها من وجه وهذا المانع منتف في
غير الولاد وعتق المكره والسكران واقع في المكره خلافا للايمة الثلاثة والاكراه لا يزيل الا الرضا والعتق لا
يتوقف عليه ولذا اجاز عتق الهازل وفي السكران انما قدم على الوقوع على الحاد عندهم وتقدم في الطلاق ٥

قوله اما الاضافة الى الملك كان يقول ان ملكتك او ملكت عبدا ونحوه فهو حر ففيه خلاف للشافعي اي وحده
فان مالكا يوافقنا فيه وكذا عن احمد فرق بينه وبين الطلاق اذ لم يجوز اضافته الى الملك بخلاف العتق بان العتق
مندوب اليه بخلاف الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك قوله فيجري فيه التعليق
لا خلاف فيه بيننا وبين الشافعي رحمه الله انما الخلاف في انه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق
الى وجود الشرط فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل اليمين وعنده يبطله والخلاف
مبني على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده وعندنا عند وجود الشرط قوله واذا خرج عبد الحربي الينا
مسلما عتق سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما او لا وقيد بالخروج لانه لو اسلم ولم يخرج لم يعتق وبقولنا
قالت الايمة الثلاثة وقال الاوزاعي اذا خرج سيده مسلما يرد اليه وعند الظاهرية اذا اسلم عتق خرج
او لم يخرج واورد ابن حزم عليه ان سلمان اسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك واجاب بانا لم ننقل هذا الا
لعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج اليه مسلما من عبيد اهل الطايف وهي بعد اهل الخندق وبدهر
وبدعوى نسخ تملك الكافر للمؤمن بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا شك في انحا
الايراد وهو مما يصلح دليلا لنا وفي الجواب ما لا يخفى قوله لقوله عليه السلام في عبيد الطايف خرج
ابو داود في الجهاد والترمذي في المناقب عن علي واللفظ لابي داود قال خرج عبدان يعني العبيد الى النبي صلى
الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فقال مواليهم يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا
من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب عليه السلام وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش
حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله سبحانه وتعالى قال الترمذي
حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه الا من هذا الوجه ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم وذكر الواقدي في غزوة الطايف
من كتابه في المغازي جماعة من العبيد خرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم واحدا واحدا ابو بكرة ووردان
والمنبعث والازرق ويحنس النبال وابراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق كل هولاء اعتقهم عليه السلام فلما
اسلمت ثقيف تكلموا في هولاء ان يردوا الى الرق فقال عليه الصلاة والسلام اوليك عتقاء الله لا سبيل عليهم
واخرج عبد الرزاق ثنا معمر عن عاصم بن سليمان ثنا ابو عثمان النهدي عن ابي بكرة انه خرج الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم وهو محاصر لاهل الطايف ثلثة وعشرين عبدا فاعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
فهم الذين يقال لهم العتقاء وفي مراسيل ابي داود فلما اسلم مواليهم رد النبي صلى الله عليه وسلم الولاء عليهم
وفيه مجهول واخرجه البيهقي مرسلا وقال ثم وفد اهل الطايف فاسلموا فقالوا يا رسول الله رد علينا رقيقنا
الذين اتوك فقال لا اوليك عتقاء الله ورد على كل رجل ولاء عبده قوله ابتدا احترازا عن بقاء الرق فانه يبقى
بعد الاسلام بعد ثبوته بطريقه قوله عتق حملها باجماع الاربعة ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها
خلافا لاحمد واسحق والنخعي والشعبي وعطا وابن سيرين وقولهم مروي عن ابن عمر وابي هريرة فانهم لا يجوزون
عتق الجنين دون امه بعد نفخ الروح بل قبله ويعتق امه بعتاقه وقال ابو يوسف اذا خرج اكثر الولد فاعتقت
لا يعتق هو لانه كالمنفصل في حق الاحكام حتى تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة ورث بخلاف ما اذا مات
قبل خروج الاكثر قوله ثم اعتاق الحمل صحيح عند الجمهور خلافا للظاهرية ولا يجوز بيع الام اذا اعتق ما في
بطنها ويجوز هبتها والفرق ان استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز فصار كذا حكما بخلاف الهبة قوله
لا فيه من قلب الموضوع واما استحقاق ام الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص

على خلاف القياس وقد يقال هذا انما يرد نقضا لو كان عتق ام الولد تبعا لعتق ابنها بالنص وهو مستفاد
من فرع عتقه وهو فرع سابقه رقه وليس كذلك لانه تعلق حرا فلا يرد نقضا اصلا ليحتاج الى الجواب
بانه خرج بالنص على خلاف القياس وسنذكر انه انما يعتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من حين اعتقه قوله
والقدرة عليه اي على التسليم فلذا لم يجز بيع الابق ويجوز عتقه قوله على ما مر في الخلع لحق الله غير
راجعة فانه لم يذكره في هذا الكتاب والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على اجنبي
ان العتق على مال معاوضة فانه يملك العبد به نفسه ويحدث له القوة الشرعية وذلك اي شي نفيس
ولا يجوز اشتراط العوض الا على من يسلم له المعوض كما في البيع والاجارة بخلاف المراة فانها لا تحدث
لها قوة به ولا تملك نفسها لان ذلك كان ثابتا لها قبله على ما قدمنا فلا فرق بينها وبين الاجنبي فاذا جاز
اشتراطه عليها جاز عليه ولذا لا يصح بطريق الكفالة لانه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل فلذا لو قال
للامة اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر عتق بلا شي لانه لا يجب
له على امه شي بسبب عتقها قوله لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق فلو جاءت به لستة اشهر
فصاعدا منه لا يعتق الا ان يكون حملها توامين جاءت باحدهما لاقل من ستة اشهر ثم جاءت بالثاني لستة اشهر
او اكثر او تكون هذه الامة معتدة عن طلاق او وفاة فولدت لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان
لاكثر من ستة اشهر من وقت الاعتاق وحينئذ فيعتق لانه كان محكوما بوجوده حين اعتقه حتى يثبت نسبه
وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة
اشهر يجب دية الجنين لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن يكون لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا
يستحق الارث وان ضرب لستة اشهر لا شي عليه لانه عبد كذا ذكر قوله فيعتق عليه التحقيق انه يعلق
حرا فانه يجب القطع بان ابراهيم ابن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط الا حرا الا انه يعلق مملوكا ثم يعتق
كما يعطيه ظاهر العبارة وفي المبسوط الولد يعلق حر الاصل لان ماءه حر وماء جاريته مملوك لسيدها
فلا يتحقق المعارضة بخلاف ابنه من جارية الغير فان ماءها مملوك لغيره فتحقق المعارضة فيترجح جانبها
بانه مخلوق من مائها بيقين بخلاف الرجل ولذا لا ينتفي عنها بحال وقد ينتفي من الاب ويثبت النسب منها
بالزنى وبعد الملاعنة حتى يتوارثان دون الاب فكان مائها اولى بالاعتبار عند التعارض ولاستهلاك
مائه بمائها لانه في موضعه ويزداد قوة منها لا منه او يترجح بالحضانة والتربية او لانه قبل الانفصال
كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعتقها ولا يستثنى من بيعها والزوج رضي برق الولد
حيث اقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا اجماع حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده منها
مرقوقا بخلاف المغرور فانه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فيجب قيمته قوله كما
يتبعها في المملوكية والمرقوقية اورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما فالرق هو الذل الذي
ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافه عن طاعته وهو حق الله تعالى او حق العامة على ما اختلفوا
فيه والملك هو تمكن الانسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وبتوجه كاول
ما يوخذ الاسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحرز بدار الاسلام فالملك عام يتعلق بالجماد والحيوان
والرق خاص بالانسان وبالبيع يزول عنه ملك ولا يزول الرق وبالعتق يزول كل منهما لكن زوال الملك
قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فيمن بها انه يتبع

الام في الخاص والعام ولذا اذا تولد بين الماكول وغير الماكول كالحمار الانسي مع الحمار الوحشي يوكل واذا
تولد بين الوحشي والانسية كالبقرة ينزو عليها حمار وحش يجوز التضحية به ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان
في الكمية فيخص فيهما كاملان في القن ورقا ام الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقهما عن الكفارة والملك
فيهما كامل والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل
تحت قوله كل مملوك لي حر وما اورد من ان الرق لا يقبل التجزي فكيف يقبل النقصان يندفع بان المراد بنقصان
الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته والحاصل ان الولد يتبع الام في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم
امية الولد وفي النسب يتبع الاب وفي الدين يتبع خير الابوين دينا

باب العبد يعتق بعضه

لا شك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض وفي انما كثر وجوده فالحاجة الى بيان احكامه امس
منها الى ما يندر وجوده وان دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا اخر هذا عن ما قبله ●
قوله اذا اعتق المولى عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند ابي حنيفة
وتعتبر قيمته في الحال والاستسعاء ان يواجره فياخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره في جوامع الفقه
وسيجيء انه اذا امتنع عن السعاية نعل ذلك اذا كان له عمل معروف وهو يفيد ان معنى الاستسعا
غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا وظاهره انه هذا اذا عين مقدارا
كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حر او جزء منك او شقص اجبر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه
في قول ابي حنيفة انه يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة اسداسه وقوله عتق ذلك
القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فانه عند ابي حنيفة رقيق كله بخلاف في قوله
وقالا يعتق كله فانه عن زوال الرق اي وقالا لا يزول الرق عنده كله ثم قال المصنف رحمه الله تعالى
واصله ان الاعتاق يتجزء عنده فيقتصر على ما اعتق وعندهما لا يتجزء وهو قول الشافعي يعني فيما
اذا كان المولى واحدا او كان لشريكين والمعتق موسرا اما اذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت
كما كان حتى جاز له بيعه عنده والمراد من تجزي الاعتاق تجزي المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون
البعض والذي تقتضيه النظر ان هذا غلط في تحرير محل النزاع فانهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزي
وعدمه فان القائل بالعتق او الاعتاق يتجزى لم يرده بالمعنى الذي يريده به قائل انه لا يتجزى وهو زوال
الرق او ازالته اذ لا خلاف بينهما في عدم تجزيه بل زوال الملك وازالته لا خلاف في تجزيه فلا ينبغي ان
يقال اختلف في تجزي العتق وعدمه ولا الاعتاق بل الخلاف في التحقيق ليس الا فيما يوجبه الاعتاق اولا
وبالذات فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزي موجبه غير ان زوال الرق لا يثبت الا عند زوال
الملك عن الكل شرعا كحكم الحدث لا يزول الا عند غسل كل الاعضاء وغسلها يتجزى وهذا الضرورة ان العتق قوة
شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع والانكاح بنته ولنفسه لا يتصور
ثبوت هذه في بعضه شايعا فقطع بعدم تجزيه والملك يتجزى قطعا فلزم ما قلنا من زوال الملك عن
البعض وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي وحينئذ فينبغي ان يقام الدليل من الجانبين على ان
الثابت به اولا زوال الملك او الرق لانه محل النزاع والوجه منتهض لابي حنيفة اما المعنى فلان تصرف الانسان
يقتصر على حقه وحقه الملك اما الرق فحق الله او حق العامة على ما نقدم فلزم ان الثابت بالاعتاق زوال الملك

اولا ثم يزول الرق شرعا اتفاقا اذا زال لا الى مالك وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى اعتاقا والا
لكان البيع والهبة اعتاقا فانه انما يلزم لو كان البيع والهبة ازالة الملك لا الى مالك لان ذلك هو المسمى
بالعتق بل ازالة الملك كيف ما كان واما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال من اعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى
شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه والا فقد عتق منه ما عتق افاد تصور عتق البعض فقط وقول ايوب لا
ندري اشي قاله نافع او هو شيء في الحديث لا يضر اذ الظاهر بل الواجب انه منه اذ لا يجوز ادراج مثل هذه
من غير نصب قاطع في افادة انه ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يوجب في الحديث علة
قادحة وكذا ما رواه البخاري ايضا عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من اعتق
شقصا له في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعي غير مشقوق عليه
اي لا يغلى عليه الثمن افاد عدم سراية العتق الى الكل بمجرد عتق البعض والا لكان قد تخلص قبل تخليص المعتق
هذا هو الظاهر وحين روى من حديث ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم من اعتق نصيبا
له في مملوك او شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق وفي لفظ فقد عتق
كله فانما يقتضي عتق كله اذا كان له مال يبلغ قيمته وليس معناهما ذلك بل انه يعتق كله بمجرد اعتاق بعضه
كان له مال او لا فقد افاد الاحاديث ان العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السراية وان وردت في العبد المشترك
واستدل ايضا بدلالة الاجماع وهو ان المعتق اذا كان معسرا لا يضمن بالاجماع ولو كان اعتاق البعض اعتاقا
للكل واتلافا له لضمن مطلقا كما اذا اتلفه بالسيف او بالشهادة به لانسان ثم رجع بعد القضا فانه يضمن موسرا
كان او معسرا لكن قد يقال في هذا ان السعاية تقوم مقامه فلا يتعين وجه ثبت الاقتصار لزم ان يكون
المراد بالعتق في قوله فقد عتق منه ما عتق زوال الملك وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه
كالحسن وهو مروي عن علي وعمر بخلاف ما قيل ان قول عمر قولهما فقد اسند الطحاوي الى عبد الرحمن
ابن زيد قال كان لنا غلام شهد القادسية فابلى فيها وكان بيني وبين امي واخي الاسود فارادوا عتقه
وكنت يومئذ صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا انتم فاذا بلغ عبد الرحمن
ورغب فيما رغبتم فيه اعتق والا ضمنكم اثبت لعبد الرحمن الاعتاق بعد بلوغه ثم ان ثبت في العبد اعتاقا
وانما قلنا ذلك لان الرق لا يتجزى زوالا عند احد ولزم المطلوب وهو ان النازل بالاعتاق بالذات
زوال الملك واذا ثبت ذلك لزم في اعتاق بعض العبد الخاص به ان يعتق ذلك القدر اي يزول ملكه
عنه ويبقى كل الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها واذا ظهر ان ما زال بالاعتاق هو الملك والرق
ثابت في كله ولازمه شرعا ان لا يبقى في الرق لزم ان يسعى العبد في باقي قيمته لاحتباس مالية الباقي عنده وما
لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على اداء البدل وكونه احق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه
ولا استخدام وكونه رقيقا كله الا انه يخالف في انه لو عجز لا يرد الى الاستخدام بخلاف المكاتب بسبب ان
المستسعى زال الملك عن بعضه لا الى مالك بصدقه عليه به وانما يلزم المال لضرورة الحكم الشرعي وهو
تضمينه فسر الخلاف المكاتب فان عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره تعالى ويفسخ بتعجيزه نفسه
وعلى هذا اما اذا اعتق امة مشتركة بينه وبين اخر ثم ولدت فللشريك ان يضمن المعتق القيمة عن نصيبه
يوم اعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لانه ما صنع في الولد شيئا ولانه لم يستحق الشريك في الولد لانها كا

مكاتبة حين ولدت والمكاتبة احق بولدها كما انها احق بكسبها والاعتراض بانه ليس كالمكاتب لهذا الفرق
ليس بشيء لان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه واذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك انما
ذكروا من الحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لانه ان اريد الحاق ازالة الرق بها
في عدم التجزي فغير محل الخلاف للاتفاق على ان الرق لا يتجزى زوالا او الحاق ازالة الملك بها فيه فغير صحيح
لانهم وغيرهم لا يقولون بانه لا يتجزى واقصى ما يمكن في تقريره ان يجعل الحاقا لزوال الملك لا الى مالك
في عدم التجزي بان ينزل ويدعى ان المتجزي زوال الملك الى مالك لا الى غير مالك الحاقا بالامور
المذكورة فان في الطلاق زوال ملك لا الى مالك وفي العفو زوال الحق لا الى مستحق اخر والاستيلاد زوال
ملك كذلك اعني ملك بيعها وهبتها والجواب اولا انه الحاق بلا جامع لان عدم التجزي في الاصول
لعدم التصور اذ لا يمكن نصف المراة منكوحة ونصفها مطلقة ولا نصفها مستولدة ونصفها لا ولا
اسقاط نصف حق القتل فان القتل بثبوت حقه لا نصفه فمعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص وليس
عدم التجزي فيها لان الزوال لا الى مالك بل لا اثر لكون الزوال الى مالك اولا اليه بخلاف زوال
ملك الرقبة وهذا معنى قول المصنف وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة اي ليس فيهما الا اما
زوال كليهما او بقاؤهما فاثبتناه في الكل اي فاثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحا للمحرم وهو الحرمة فانه
اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصافه بالبعضية واما
الاستيلاد فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة اقتصر حتى لو مات المستولد تعتق من جميع ماله ولو
مات المدبر عتقت من ثلث ماله وانما كمل في القنة لانه لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه من حين الاستيلاد
فصار مستولدا الجارية نفسه فثبت عدم التجزي ضرورة **قوله** واذا كان العبد بين شريكين فاعتق
احدهما نصيبه عتق اي زال ملكه عنه فان كان المعتق موسرا فشريكه بالخيار ان شاء اعتق نصيبه منجزا او مضافا
وينبغي اذا اضافه ان لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية
في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي ان يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وان شاء ضمن المعتق قيمته
اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه له وان شاء استسعى فيها فان ضمن رجع المعتق على العبد
والولاء للمعتق وان اعتق او استسعى فالولاء بينهما في الوجهين اي في الاعتاق والسعاية وهذا كله عند
ابي حنيفة رحمه الله تعالى هكذا ذكر في الاصل وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلثة وان يدبره و
حكمه ان يستسعى وان يكاتبه ويرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤاجر
جبرا ويدل على ان الكتابة في معنى الاستسعاء انه لو كاتبه على اكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا ان يكون
قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع اوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الاكثر وكذا لو صالحه على عرض اكثر
وان كاتبه على عروض قيمتها اكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية
لوليه والتضمين اولى لانه انظر ولو لم يكن ولي ينتظر بلوغه ليختار وقيل هذا في موضع ليس فيه قاض فان
كان في موضع فيه نصب القاضي له قيما ليختار التضمين او الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لانه تبرع بمال
الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب او عبد ماذون ليس لهما الا التضمين او الاستسعاء اما المكاتب
فان له ان يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة فاما في العبد الماذون فالقياس ان يكون له حق التضمين
فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد الماذون ان يكاتب ولكن قال حسبه لا استسعاء قد تقرر وهو

عتق الشريكين على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء انفع من التضمين فلهذا ملك الماذون له
وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب او الماذون التضمين او الاستسعاء فولاء نصيبهما للمولى
لانهما ليسا من اهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبدين فالخيار للمولى
لان كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتعتبر القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمي يجب نصف
قيمته صحيحا وقلبه لو كان اعمى يوم العتق فانجلى بياض عينه يجب نصف قيمته اعمى لانه حال ثبوت سبب
الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت التضمين فاعسر لا يسقط عنه
الضمان ولو كان معسرا فايسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم اعتقه فان كان العبد قائما نظر الى
قيمته يوم ظهر العتق حتى اذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لان العتق حادث فيحال
على اقرب اوقات ظهوره وكذلك ان اراد ان يستسعي العبد ولو تصادقا على وقت العتق واختلفوا
في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار
وقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل وانت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه
كالمنشئ للعتق في الحال او لانه لما رفع الاختلاف فيما مضى حكم الحال فان كان في الحال موسرا فالظاهر
شاهد لمن يدعي اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعي العسرة فيما مضى وهو
كالمستاجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق
كان سابقا عليه في مدة قد يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان
واذا كان موسرا يوم اعتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يبراه ويستسعي الغلام لم يكن له ذلك
وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي بها المعتق فليس له ان يستسعي الغلام
بعد ذلك والا فله قيل ما ذكر في الاصل من الاطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل في المسئلة روايتان
ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا
توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت في الورثة فان شاؤا اعتقوا وان شاؤا استسعوا
العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم ملك نصيبه كما كان
يملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق او الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد
الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال
فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء له فيخلفه في ذلك الذكور من اولاده دون الاناث اذ الولاء لا
يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد
منهم فيما يورث قائم مقام الميت وروى الحسن عن ابي حنيفة انه ليس لهم ذلك الا ان يجتمعوا على التضمين
او الاستسعاء قال في المبسوط هذا هو الاصح لانه صار كالمكاتب لا يملك بالارث فكذلك هم لا يملكون
نصيب الساكت بعد موته والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالاعتاق ابتداء ولكنهم
خلفاء المورث يقومون مقامه وليس للمورث ان يختار التضمين في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة
ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل ان يختار الساكت شيئا فله ان يضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان
موسرا وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه ليس له ان يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لان نصيبه
من العبد باق على ملكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختر ضمانه فاذا هلك على ملكه فليس له ان [illegible]

الضمان على شريكه بعد ذلك وهذا لان صحة اختيار التضمين معلق بشرط هو ان يملك نصيبه منه
بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لان الميت لا يحتمل التمليك وجه ظاهر الرواية ان وجوب الضمان
عليه كالاعتاق لان السبب وهو الافساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب وموت العبد بعد الغصب
لا يمنع من تضمين الغاصب وهذا لان تضمينه من وقت العتق وان كان محلا للتمليك عند ذلك كما
لو باعه نصيبه او وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وان كان القياس جوازه كالتضمين لان هذا
تمليك للحال وهو غير محل له وفي جامع قاضي خان لو اعتق احد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم
مات لا يوخذ ضمان المعتق من تركته في قول ابي حنيفة رحمه الله بل يسقط لان الضمان يجب بطريق التحمل
صله والصلات تسقط بالموت وعندهما يوخذ به لانه ضمان اتلاف وانما عرف استسعا العبد عند
عسرته بالنص بخلاف القياس **قوله** وقالا ليس له اي للساكت الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار
ولا يرجع المعتق على العبد اذا ضمن والولاء للمعتق قال المصنف رحمه الله وهذه المسئلة بنبني على حرفين
احدهما تجزي الاعتاق عنده وعدمه عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه والثاني ان يسار
المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع لهما فيه ان جميع النصوص التي ظاهرها تجزي الاعتاق كقوله
فقد عتق منه ما عتق وحديث فعليه خلاصه في ماله وقوله من اعتق عبدا بينه وبين اخر قوم عليه
قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله ان كان موسرا في الصحيحين وكذا ما انفرد به البخاري
عن مسلم من اعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق والتي ظاهرها عدم تجزيه كحديث ابي المليح
عن ابيه ان رجلا اعتق شقصا له من غلام فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لله شريك
واجاز عتقه رواه احمد وابو داود وزاد رزين في ماله وفي لفظ هو حر كله ليس لله شريك وحديث البخاري
عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام من اعتق نصيبا له في مملوك او شركا له في عبد وكان
له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق كلها تفيد ان الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ولذا
اختار الطحاوي قولهما ووجهه انه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند اعساره الاستسعا والقسمة
تنافي الشركة واستدل لابي حنيفة بقوله انه اي الساكت احتبس على البنا للفاعل مالية نصيبه عند العبد
فله ان تضمنه وان وقع احتباسها عنده بغير اختياره كما اذا هبت الريح فالقت ثوب انسان في صبغ غيره فانصبغ به
فان لصاحب الصبغ ان يضمن مالك الثوب قيمة صبغه موسرا كان او معسرا لما قلنا الا ان العبد فقير فيستسعيه
وياخذ فضل كسبه كالمعسر المديون وهذا يفيد ان تضمين المعتق على خلاف القياس لانه اذا كان القياس تضمين
العبد كان تضمين غيره غيره وهذا لانه وان حصل افساد نصيبه بعتقه الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه
فصار كما اذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره واورد عليه انه معارضة للنصوص بالتعليل فانها اوجبت
السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا واجيب بان الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب
العدم عند العدم فلا يلزم من نفي الاستسعا عند نفي الاعسار لجواز ان يثبت عند عدمه ايضا بالدليل وهو
ما ذكرنا من الاحتباس كذا اورده شارح واجاب والتحقيق في ايراده ان النصوص قسمت فاعطت حكم
وجود الشرط وحكم عدمه فقال عند اليسار التضمين وعند عدمه وهو الاعسار الاستسعا والقسمة تقتضي
اختصاص كل قسم بحكمه وقد اجيب ايضا بنحوه وهو ان القسمة ذكرت بلفظ الشرط وهو انما يقتضي الوجود
عند الوجود وحقيقة هذا الجواب منع ان القسمة تنافي الشركة مطلقا بل ذاك اذا لم يكن بشرطين بل بشرط واحد

مثل قوله عليه السلام واذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد وليس بشيء اذ لا اثر لتعدد
الشرط ووحدته في اخلاف حكم القسمة وفي الكافي جعل فائدة القسمة نفي الضمان لو كان فقيرا ولا يخفى
ان هذه القسمة كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعا لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها
تلك الافادة فان قيل فمن اي وجه افادت القسمة نفي الشركة **فالجواب** انه لما اعطى فيها حكم الشرط
وحكم نقيضه كان ظاهرا في ان المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم اخر غيره وغاية
ما يمكن ان يقال ان اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لانه المحتاج الى بيانه اذا كان على خلاف الدليل
الظاهري وذلك ان الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعا على عتق الشريك سواء كان موسرا
او معسرا فلا يجوز تضمين المعتق فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك
الاخر وهو جواز استسعا العبد فيها لان الدليل منصوب عليه وهذا لان الدليل افاد جواز الاستسعا
مقصورا فنفى القصر وبقي جوازه ولا يخفى ان في هذا تقليل معارضة الدليل لانه في قصر الجواز على الاستسعا
اقل منه في نفي اصل جوازه وهذا الاعتبار واجب ما امكن وتحقيقه ان النص ورد مخصصا للقياس اذ
شرعية التضمين مع اليسار ان تعين الاستسعا انما هو حيث غيره اذا كان المقصود التقرب الى الله تعالى
بنفس التصرف في المحل اما اذا كان وله قدرة على اتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم
اتمامها اوجب تبعا بالاخر وهو العتق بخلاف ما اذا لم يكن قادرا فانه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه
من القربة واما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من ان الاستسعا عندهما على خلاف القياس
في صورة الاعسار بناء على انه ضمان اتلاف وهو بعيد عن التوجيه اذ لا شك في ان عتق ما يملكه مشروع
وعبادة والاتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لانه ليس جناية على الغير وان افسدت مالية
باقي العبد كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره فالحق ان القياس ليس الا الاستسعا والنص خصصه وفي المسئلة
قول الثوري والليث ان الساكت بالخيار ان شاء اعتق وان شاء ضمن ولا سعاية اصلا وسبب هذا القول
اعلالهم لفظ السعاية في حديث ابي هريرة قال النسائي اثبت اصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائي
وسعيد بن ابي عروبة وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن ابي عروبة يعني في ذكر السعاية قال
وبلغني انهما ما روى هذا الحديث فجعل الكلام الاخير وان لم يكن له مال استسعي العبد غير مشقوق عليه
قول قتادة وقال عبد الرحمن بن مهدي احاديث همام عن قتادة اصح من حديث غيره لانه كتبها املاء
وقال الدارقطني سمعت ابا بكر النيسابوري يقول ما احسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي
صلى الله عليه وسلم من قول قتادة ورواه ابن عروبة وجرير بن حازم عن قتادة فجعلا الاستسعا
من قول النبي صلى الله عليه وسلم واحسبهما وهما فيه لمخالفة شعبة وهشام قال الخطابي اضطرب
اضطرف سعيد بن ابي عروبة في السعاية فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها فدل على ان ذلك ليس من متن الحديث
ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في الستة عنه عليه السلام من اعتق شركا له في عبد وكان له مال
يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فاعطى شركاه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما
عتق قال صاحب تنقيح التحقيق فيما قالوه نظر فان سعيد بن ابي عروبة من الاثبات في قتادة وليس هو بدون
همام عنه وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعا فيه ورفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم وهو جرير بن حازم
وابان بن يزيد العطار وحجاج بن ارطاة ويحيى بن صبيح الخراساني وقال الشيخ تقي الدين وقد اخرجه الشيخان

في صحيحها وحسبك بذلك يعني برفعها الاستسعاء وفي المسئلة مذاهب اخر ضعيفة مثل انه لا يعتق
شيء اصلا ولو باذن الشريك وانه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته وان له التضمين وان كان معسرا
وهو منقول عن زفر وبشر المريسي او انه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين **قوله** ثم المعتبر
يسار التيسير وهو ان يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت وهو ظاهر الرواية وهو قول الشافعي
ومالك واحمد وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن لا يسار الغنى
اي الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ لان يسار التيسير يعتدل النظر من الجانبين جانب
المعتق وجانب الساكت لان مقصود المعتق القربة وتتميمها بضمانه ومقصود الساكت بدل حصته
وتحقيقه بالضمان لانه اسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير اشرع في تحقق مقصودهما
وجب وهذا في الحقيقة تعليل للنص والا فصريح النص اوجب الضمان عند مجرد ملك قيمة الحصة لانه المراد
بقوله عليه السلام وكان له مال يبلغ ثمن العبد باتفاق المتكلمين عليه **قوله** ثم التخريج على قولهما اي
تخريج تفصيل المسئلة على قولهما فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة
اليسار فلم يكن الضمان منقولا اليه عما وجب على العبد بل شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره
واما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصة فلان المعتق كله من جهته لعدم التجزي فكان اعتاق بعضه اعتاقا
كله ويسعى في حالة اعساره حرا مديونا واما التخريج على قول ابي حنيفة رحمه الله فاثباته خيار الاعتاق
للساكت لقيام ملكه في الباقي اذ الاعتاق متجزئ عنده فلا يعتق الباقي بعتق المعتق نصيبه والتضمين بالجر
اي وخيار التضمين للمعتق لان المعتق جان عليه بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك من
الوصية والصدقة والاجارة والامهار والاستخدام ونحو ذلك مما سوى الاعتاق وتوابعه من التدبير
والاستيلاد والكتابة وقوله والاستسعاء بالجر عطفا على التضمين اي واثبات خيار الاستسعاء لما بينا
من انه احتبس مالية نصيبه عنده وانما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لانه قام مقام الساكت لانه ملكه
باداء الضمان من وقت الاعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء فكذا لمن قام مقامه وصار
كالغاصب اذا قتل المغصوب في يده وضمن للمالك فانه يرجع على القاتل لانه ملكه بالضمان وللمالك التضمين
فكذا للغاصب ولانه بذلك يصير كعبد حاضره اعتق بعضه فله عتق الباقي واستسعاؤه وقوله ضمنا
جواب عن سؤال هو ان معتق البعض كالمكاتب ولا يقبل النقل من ملك الى ملك فاجاب بان ذلك في الملك
قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند ابي حنيفة لانه تمليك قصدا ولا يلزم من عدم الثبوت
قصدا عدمه ضمنا والولاء للمعتق في هذا الوجه لان العتق كله من جهته لانه ملكه بالضمان غايته ان
بعضه ببدل وهو لا يمنع الولاء واما في حال اعسار المعتق ان شاء اعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى
لما بينا من احتباس ملكه والولاء له اي للساكت اي مشتركا بينه وبين المعتق في الوجهين اي في الاعتاق
والاستسعاء ولا يرجع المستسعى على المفعول اي العبد على المعتق بشيء باجماع بيننا خلافا لابن ابي ليلى فانه يرجع
عنده على المعتق اذا ايسر وانما لا يرجع بالاتفاق اما على قوله فلانه يسعى لفكاك رقبته واما على قولهما فلانه
ان لم يكن ساعيا لفكاك رقبته فليس يؤدي سعايته ليقضي دينا على المعتق اذ لا شيء على المعتق اذا كان معسرا بخلاف
العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر لانه يسعى في رقبة قد فكت او ليقضي دينا على الراهن فكذا يرجع
على المعتق اذا ايسر ونظير الاول ما اذا اعتق امته على ان تتزوجه فابت تسعى في قيمتها وهي حرة في رقبة

قد فكت وكذا لو اعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة وكذا لو باع نفس العبد منه بجارية فاستحقت
عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية بخلاف
المريض اذا اعتق عبده فانه يسعى وهو رقيق لان تصرف المريض فيما لا يحتمل النقض يتوقف عنده وقول الشافعي
في الموسر كقولهما وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب وهذا قول للشافعي وجهه عنده
انه لا وجه لتضمين الشريك لاعساره ولا الاستسعاء العبد لانه ليس بجان ولا راض به ولا لاعتاق الكل لانه
اضرار بالساكت فتعين ما عيناه قلنا اختار انه يستسعى قوله غير جان الى اخره قلنا لا يفتقر الى الجناية
بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صبغ الثوب المطار وقد تمسك له بما روي من الزيادة
في قوله فقد عتق منه ما عتق ورق ما رق وبدفع بانها كما قال اهل الشان ضعيفة مكذوبة ولو ثبتت
لزم كون المراد بالرق فيها الملك بمجاز الامتناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للمالكية والضعف السالبة
لها في شخص واحد والحق انه لا يحتاج اليها بل بقوله عتق منه ما عتق كفاية فانه اذا لم يعتق الا ذلك القدر
ان لم يلزم منه بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاؤه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف والجواب انه ما في حديث
ابي هريرة المتقدم من قوله فعليه خلاصه في ماله ان كان له مال والا استسعى غير مشقوق عليه يوجب
استسعاؤه عند اعساره ولا اعتراض على الشارع مع ان وجهه ما قدمنا واعلم انه نقل عن بعض العلما
النافين صحة رواية الاستسعاء ان المراد بها على تقدير صحتها انه يستسعي انه اختار ذلك وان هذا هو معنى
قوله غير مشقوق عليه والاوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله ليس لله شريك فانه يفيد تنجيز العتق كله
كما قالا او عدم تعذره وهو الاولى واذا لم يقدر ولا ضمان على المعسر لزم الاستسعاء والا بطل حقه مجانا جبرا
بفعل غيره ولا نظير له في الشرع والاستسعاء بالاجارة ثابت كما في العبد المرهون اذا اعتقه سيده المعسر ولان
الشرع اضطره الى فكاك رقبته حيث حكم وله ولاية الايجاد والاعدام بنفاذ عتق ذلك القدر وان لا يقر
الباقي في الملك ولا يذهب مال الساكت بفعل غيره مجانا رفيه وللشافعي قول اخر هو كقولهما في اليسار والاعسار
واختاره المزني من اصحابه **قوله** ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد
منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رحمه الله وعتق وكذا اذا كان احدهما موسرا والاخر
معسرا لان كل واحد منهما يزعم ان صاحبه اعتق نصيبه فصار العبد بذلك مكاتبا له اي في حكم المكاتب
ويزعم انه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه ويستسعيه ان شاء او يعتقه لانا
تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان في دعواه عتق الشريك او صادقا لانه مكاتبه ان كان صادقا ومملوكه
ان كان كاذبا فلهذا يستسعيانه اما في الصدق فظاهر واما في الكذب فلتمكن الانسان من امر عبده ان يسعى
ويأتيه باكسابه ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار لان حقه اي حق كل منهما في الحالين حال يسار الاخر
واعساره في احد شيئين السعاية او التضمين لان في اليسار حقه في احدهما من التضمين والسعاية
غير عين وفي الاعسار حقه في احدهما عينا وهو السعاية وهذا لان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده
اي عند ابي حنيفة رحمه الله وقد تعذر التضمين لانكار الشريك الاعتاق وشهادة الاخر ليست بنافذة عليه
لانه فرد ويشهد لنفسه ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهما على الاخر انه اعتق لم تقبل للمعنى
الثاني فانهما يثبتان لانفسهما حق التضمين او يشهدان لعبدهما وانما اثبتنا ما اثبتنا في المسئلة المذكورة
باعتراف كل منهما على نفسه بحرمة استرقاقه ضمنا لشهادته بعين السعاية وهو عند ابي حنيفة حق يؤدي الى المستسعي

كالمكاتب واورد ان التضمين غير متعذر لانه لما انكر حلف فان نكل جاز التضمين اجيب بانه لما كان اعتقاد
كل ان صاحبه هو الذي اعتقه حلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لان المآل الى السعاية وهذا
صريح في ان لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان او صادقا بل يجب ان يحكم بصدق
كل منهما وقال شارح هذا كله اي تعيين استسعائهما العبد الى اخره بل ان يحلف كل منهما على دعوى صاحبه
لان كلا يدعي على الاخر الضمان والضمان مما لا بدل له فيستحلف عليه وهو اوجه فيجب في الجواب المذكور وهو
لزوم استسعا كل منهما للعبد انه فيما لم يترافعا الى القاضي بل خاطب كل منهما الاخر بانك اعتقت نصيبك
وهو ينكر فانه حينئذ ليس لهما الا الاستسعا اما لو اراد احدهما التضمين او ارادا وتصيبهما امتنعا
ترافعا او رفعهما ذو حسبة فيما استرقاه بعد قولهما فان القاضي لو سالهما فاجابا بالانكار حلفا و
لا يسترق لان كلا يقول ان صاحبه حلف كاذبا واعتقاده ان العبد محرم استرقاقه ولكل استسعاؤه
ولو اعترفا انهما اعتقا معا او على التعاقب وجب ان لا يضمن كل الاخر ان كانا موسرين ولا يستسعي العبد
لانه عتق كله من جهتهما ولو اعترف احدهما وانكر الاخر فان المنكر يجب ان يحلف لان فيه فائدة فانه
ان نكل صار معترفا او باذلا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا قوله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لواحد منهما لان كل واحد منهما يتبرا عن سعايته وانما
يدعي الضمان على صاحبه لان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما الا ان الدعوى لم تثبت عليه لانكاره
والبراءة من السعاية قد تثبت لاقراره على نفسه بثبوت سببها حيث اقر بعتق الشريك مع يساره وان كانا
معسرين سعى لهما لان كل واحد منهما يدعي السعاية صادقا كان او كاذبا بالغرض ان المعتق معسر
وقوله على ما بيناه اي من ان العبد مملوكه او مكاتبه الا ان عندهما لا يكون مكاتبا بل حر مديون
وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعي الضمان على صاحبه لاعساره
فيكون مبريا للعبد من السعاية والولاء موقوف في جميع ذلك لان كل واحد منهما يحيله اي يثبته لصاحبه
حيث ادعى انه هو الذي اعتق والعتق لا يتجزى اي لا يثبت به الا ما لا يتجزى من زوال الرق وهو
اي صاحبه يتبرا عنه فيبقى موقوفا الى ان يتفقا على اعتاق احدهما فلو لم يتفقا حتى مات وجب ان
يؤخذ من بيت المال قوله ولو قال احد الشريكين في عبد ان لم يدخل فلان يعني العبد الدار غدا فهو حر
وقال الاخر ان دخلها غدا فهو حر فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الاخر
بينهما وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف على تفصيل يقتضيه مذهب ابي يوسف فانه انما يسعى في النصف لهما
اذا كانا معسرين فلو كان احدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ولو كانا موسرين لا يسعى لاحد واليه اشار
المصنف بعد هذا بقوله ويأتي التفريع فيه على ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي
سبق فما جمع بينه وبين قول ابي حنيفة في انه لا يجب الا النصف وقال محمد رحمه الله تعالى يسعى في جميع قيمته
لهما ان كانا معسرين وبنصفه للموسر ان كان احدهما معسرا ولا يسعى في شيء ان كانا موسرين وهذه مثل
وزان المسئلة السابقة اعني اقرار كل منهما انه هو الذي اعتق وهناك اذا كان احدهما معسرا والاخر
موسرا لا يسعى الا للموسر فكذا هنا لان الذي ياخذ السعاية ابدا يكون هو الساكت والاخر معتق
فاذا كان احدهما موسرا فانه يتبرأ من تضمين المعسر فياخذ السعاية وعلى ان المعسر هو الساكت
فزعمه ان لا سعاية له على العبد وانما حقه في تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك في ان المعتق من

جهته بمباشرة شرطه او من جهة الاخر فتعذر عليه الوصول الى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فان كلا
يزعم ان حقه تضمين الاخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية قوله لان المقضي عليه بسقوط
السعاية مجهول وهو الذي يتحقق شرطه الذي علق عليه عتق العبد ولا يمكن القضاء على المجهول ولا
التوزيع لانه يؤدي الى اسقاط بعض حق من له الحق وهو الذي لم يقع شرطه ولم يقع العتق من جهته
واعطاؤه لغير مستحقه وهو الذي وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم لانه غير واقع في المعين
فلم ينافه التوزيع فصار كما اذا قال لغيره لك على احدنا الف فانه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى
بسقوطه شيء لذلك واذا لم يحكم بسقوط شيء وجب الكل قوله ولما انا تيقنا بسقوط نصف السعاية
لان احدهما حانث بيقين ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط
ترتفع بالشيوع اي شيوع النصف الذي عتق في نصيب الشريكين وتوزيعه عليهما فصار المقضي عليه
بالسقوط المولين فلا جهالة في المقضي عليه وانما يلزم لو قضي على احدهما غير عين وهو منتف للضرورة
الموجبة للتوزيع وهو عدم اولوية احدهما بتمامه وكون التعيين في نفس الامر يمنع التوزيع منتقيا بما
في كتاب التحري عشرة رجال لكل منهم جارية اعتق احدهم جاريته ثم صار لا يدري المعتق ولا المعتقة ثم
اجتمعن في ملك واحد ثم مات فانه يحكم بعتقهن وتسعى كل واحدة في تسعة اعشار قيمتها وصار كما
اذا اعتق احد عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر في الاول او قبل البيان في الثاني فان
العتق يوزع عندنا لعدم الاولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى في قيمة نصفه للورثة وقيد موته معتبر
لانه اذا لم يمت انما يطالب بالبيان خلافا للشافعي في انه يقرع بينهما في قول وفي قول الوارث يقام مقامه
فانه اثبات الوراثة فيما لم يجعل الشرع فيه وراثة في الثاني واسقاط جميع حق المستحق في الاول واسقاط
بعضه للضرورة اولى وقيل ان الجهالة في المقضي عليه لا تمنع القضاء كما هنا المقضي له معلوم وهو العبد
هذا ولا يخفى ان من صورة المسئلة ان يتفقا على ثبوت الملك لكل الى اخر النهار قوله ولو حلفا على عبد
الى اخره يريد ان يفرق بين السابقة وهي ما اذا حلف كل من رجلين على عبد واحد المسئلة الى اخرها وبين
هذه وهي ما اذا حلف كل على عبد له غير الاخر فقال احدهما ان دخل فلان غدا فعبدي حر وقال الاخر
ان لم يدخل فلان فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه لم يعتق واحد منهما ولا شيء منه في قول
الكل واشار الى الفرق بقوله لان المقضي عليه بعتق عبده وهو احد المولين مجهول والمقضي له وهو
المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضي له والمقضي به معلوم فغلب
المعلوم المجهول وقد بيناه انفا هذا ولو اشتراهما انسان صح وان كان علم الحنث احد المالكين لان كلا
منهما يزعم انه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو اقر بحرية عبد ومولاه ينكر
ثم اشتراه صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه احدهما لان زعمه معتبر الان ويؤمر بالبيان
لان المقضي عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امراته طالق
ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان اليمين الاول هو معتق بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا
بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان احدهما معلق بعدم الدخول والاخر بوجوده وكل
منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم يدخل فعبدي حر بخلاف ان لم يكن دخل
فانه يستعمله المماري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه وحقيقة شرطه ظهور انه لم يدخل

في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن ابي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار معترفا
بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بنزول الطلاق **قوله** واذا اشترى الرجلان
ابن احدهما بعقد واحد خاطب البايع الاب والاخر معا بان قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب
الاب لانه ملك شقصا من ابنه فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه ولو كان موسرا سواء علم الشريك انه ابن
الاخر او لم يعلم ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك ابيه ان شاء وان شاء اعتقه وهذا عند ابي حنيفة
واجمعوا انهما لو ورثاه لا يضمن الاب وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك واحمد لعدم
الصنع منه ولفظ الحديث اعني قوله عليه السلام من اعتق شركا الى اخره يفيد كون العتق اختياريا وقالا
في الشراء يضمن الاب نصف قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا اسعى الابن فيه وعلى هذا الخلاف اذا ملكاه
لهبة معا او صدقة او وصية وعلى هذا الخلاف ايضا اذا اشتراه رجلان احدهما حلف بعتق نصفه
ان اشترى يا ما لو حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق لانه لم يوجد الشرط وهو شراء كله لهما انه اي الاب ابطل
نصيب صاحبه بالاعتاق الاختياري لترتبه على الشرا وهو اختياري وشراء القريب اعتاق وصار كما اذا
كان العبد بين اجنبيين فاعتق احدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه وله
ان شرط التضمين مع العتق الاختياري ان لا يكون رضي من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا
وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا
بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا اذن له باعتاقه صريحا وعلم بما ذكر ان المراد من العلة في
قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختياريا بالشراء انه يخرج به عن
عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها وهذا الخلاف ما لو قال احد الشريكين للاخر ان ضربته فهو
حر فضربه فعتق نصيبه فان له ان يضمنه ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضى بالعتق لان وجود
الشرط ليس علة الوقوع بل العلة وهي قول الشريك هو حر الواقع جزاء للشرط بخلاف قبول الايجاب في
البيع لانه مباشرة العلة لان العلة هو العقد وكل من باشره مباشرة علة العتق ولو قيل سلمنا ان له
تاديب عبده اذا اقتضاه حاله ومنعه منه ضرر لا يلزمه بالزامه اياه مخالفة عليه ان لا يضربه ظلما منه
فلا يصح ان يقال انه لم يلتزمه بطل حقه في التضمين لكنه يقتضي انه لو قال ان ضربت هذا العبد اليوم ظلما
فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه واطلاق الجواب خلافه واما ما اورد من منع ان مباشرته للعقد
رضي لانه ضرر والعاقل لا يرضى به ولان وضعه لاثبات ملكه لا لزواله فهو وقوع بالضرورة فان من علم
ان عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بانه رضي منه بما يترتب عليه وتحقيق الملك قد
يكون الغرض منه اثبات ما يترتب عليه وللعاقل في ذلك اغراض صحيحة دنياوية من استفادة المدح
والولاء وقد يكون قيمته اكثر من الثمن واخروية من الاجر لا يقال رضي الاب بالشرا رضا بالاعتاق والرضا
بالاعتاق رضى بالضمان وابو حنيفة يقيده اذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه
لانا نقول كونه رضي بالضمان لا يوجب امكان تضمين الاخر له الا اذا لم يكن رضي باعتاقه كما ذكرنا واما
ايراده على قولهما هكذا الاعتاق لا يتجزى على قولهما فاعتاق البعض اعتاق الكل ولا يمكن الاتمام بنصيب الاخر
ولا يملك الا بالضمان والجواب بانه تملك بضمين فلا توجه له هنا **قوله** وهذا ضمان افساد جواب عن ما
يقال كونه رضي باعتاق شريكه لا يوجب سقوط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان

فمآل ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه ان الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك
ولا يسقطه الرضى بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد احد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط
ضمانها له ومن حكم ضمان التملك ايضا انه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد
ضمان تملك لان وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فاثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان
الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما يملكه الله سبحانه وتعالى
حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب شريكه فصح ان يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم
هذا في الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا اثم به اما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه
ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص
خلاف القياس ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالابنية وعدمها وروي عن ابي يوسف انه ضمان
تمليك فلا يختلف باليسار والاعسار وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فصل بين كون الشريك عالما
بالابنية فلا يضمن الاب او غير عالم فيضمنه لان رضاه لا يتحقق اذا لم يكن عالما وفي ظاهر الرواية
لا فرق بينهما لان المسقط لحقه في التضمين مباشرته لسببه اسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله كما اذا
اطعم الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم انه ماله سقط تضمينه الغاصب والنظير المذكور
في الكتاب ما اذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للامر ولا يعلم الامر بحاله فانه ليس له
ان يضمن الاكل اذا علم مستقيم ايضا وانما قلنا على خلاف القياس لان القياس ان لا يختلف ضمان الاتلاف
باليسار والاعسار الا يرى ان من اتلف مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا فان قلت تقدم ان
القياس ليس الا للاستسعا لان العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا ان القياس هو التضمين للاتلاف
قلنا قد يحكى خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين ولا شك ان كون القياس
الاستسعا هو اقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا اتيا عليه وكل
منهما غير صحيح في نفس الامر لعرض ورود النص على خلاف اطلاق مقتضاهما من الاستسعا دائما والتضمين
دائما وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص او خفي عليه والقياس الصحيح
هنا هو على من شرع في صوم التطوع وصلوته قادرا على اتمامه حيث يجب عليه اتمامه فان لم يفعل ذلك
لم يجب ووجب له اجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع اليه **قوله** وان بدا الاجنبي فاشترى نصفه
ثم اشترى الاب النصف الاخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قيمة نصيبه لانه ما رضي
بفساد نصيبه لان دلالة ذلك ما كان الا قبوله البيع معه وهو منتف هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا انه
يضمنه وان شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده وهذا عند ابي حنيفة وحده بناء
على ما تقدم من ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وقالا لا خيار له اي للاجنبي بل يتعين التضمين على ما
مر من ان يسار المعتق يمنع السعاية عندهما **قوله** ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة للبايع وقالا ان كان موسرا يضمن ومعناه اذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه
وهو انه لما باعه منه فقد رضي بعتق نصيبه والرضى بعتق نصيبه يمنع التضمين وهذا هو المراد
بقوله قد ذكرناه والا فهو لم يذكر ان البيع ممن يعتق عليه رضى بعتق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو
ان الرضى يمنع **قوله** واذا كان العبد بين ثلثة نفر فدبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الاخر وهو موسر

فاراد كل من الساكت وهو الذي لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله فارادوا الضمان
فللساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمة العبد قنا وليس له ان يضمن المعتق شيئا واذا ضمن المدبر الثلث رجع به
العبد شيئا على وزن ما تقدم فيما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان
له الرجوع به على العبد عند ابي حنيفة وللمدبر ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذي ضمن اعني
ثلثه قنا وهذا كله عند ابي حنيفة وقالا العبد كله للذي دبره اولا ويضمنه ثلثي قيمته لشريكيه موسرا
كان او معسرا واصل هذا الخلاف ان التدبير يتجزى عند ابي حنيفة خلافا لهما كالاعتاق لانه شعبة من شعب
العتق اذ هو عتق مضاف فيكون معتبرا به ولما كان التدبير متجزيا عنده اقتصر على نصيبه وقد افسد
بالتدبير نصيب الاخرين حيث امتنع على كل منهما البيع ومعناه من الهبة والوصية والصدقة والامهار
فثبت لكل منهما خمس خيارات ان يدبر نصيبه او يعتق او يكاتب او يضمن المدبر او يستسعي العبد او يتركه
على حاله لان نصيبه باق على ملكه فاسدا بافساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا فاذا اختار احدهما تعين
حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت وهو الثالث الذي لم يعتق ولم يدبر سببا ضمان احدهما
تدبير المدبر الذي افسد عليه ما افسد والاخر عتق هذا المعتق فانه تغير نصيب المدبر والساكت
حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى
الحرية بالسعاية او التضمين غير ان الثابت له تضمين المدبر ليس غير ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو
الاصل في الضمان لانه يعتدل جانبا الضمان في المضمون له فانه لما ملك المضمون له بدل ملكه
وجب في تحقيق المعادلة ان يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله بحيث امكن وهذا لا يعدل عنه
ولهذا كان الغصب ضمان معاوضة على اصلنا خلافا للشافعي رحمه الله حيث جعله ضمان اتلاف فاذا
جعل الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه اولى وهذا احقق
ما ذكرت لك في قولهم ضمان جناية. والدليل على اعتبارهم اياه ضمان جناية ما في قاضي خان لو غصب
عبدا فابق وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التي اداها
والمرابحة مخصوصة بالمعاوضة المحضة وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده اكسابا ثم ابق فلم يرجع
حتى مات كانت الاكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند اداء الضمان ومما يدل على ذلك صحة اقرار
الماذون بالغصب في الحال مع ان اقراره بالاتلافات مؤخر الى ما بعد العتق واذا وجب ان لا يعدل
عن ضمان المعاوضة ما امكن وجب هنا لانه ممكن لكونه اي نصيب الساكت قابلا للنقل من ملك الى ملك
في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة لان اي
العبد عنده لا عند ابي يوسف ومحمد في بعض النسخ حرا او مكاتبا على الخلاف الاصلين ولا بد من رضى المكاتب بفسخه حتى
يقبل الانتقال فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف هو غير مستقيم لانه عند الاعتاق ليس حرا ولا
مكاتبا بل بعد العتق يصير كذلك ولان المستسعى عند ابي حنيفة وان كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ
هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ واذا كان كذلك فاذا وجب ضمان على المعتق للساكت لزم ان لا يكون ضمان
معاوضة اذ لا يمكن تملك هذا المضمون فكان ضمان افساد فلهذا ايضمن الساكت المدبر ليس غير ثم للمدبر
ان يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه انما افسد عليه نصيبه مدبرا فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من
استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما افسده

مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فاعتقه احدهما وهو موسر ضمن نصيب الاخر
مدبرا وان لم يتملكه بالضمان **قوله** وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا
ضمن له ستة دنانير لان ثلثها وهي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة **قوله** على ما قالوا
طريقته في مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت
المكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الاول وقيل
تقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهي قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية
والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى لا ان الوطء يخص المدبرة
دون المدبر وقيل يسال اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيع هذا فات المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر
فهو قيمته وهذا حسن عندي واما قيمة ام الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا
وبقي ملك الاستمتاع وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه ان يقال مدة عمر احدهما
منها ومن مولاها وقيل يسال اهل الخبرة ان العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة
القن لانه حر يدا وبقيت الرقبة **قوله** ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق قيمة ما ملكه بالضمان من جهة
الساكت وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمنه ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا لان ملكه فيه اي في ثلثه
قنا يثبت مستندا الى وقت التدبير وهو ثابت من وجه وهو بالنظر الى حال اداء الضمان دون
وجه وهو بالنظر الى الحقيقة حال التدبير فلا يظهر في حق التضمين بل الملك المتمكن من الضمان هو الثابت
حال العتق واستشكل بما اذا اعتق احد الشريكين وهو موسر فضمنه الساكت فانه يرجع به على العبد
مع ثبوت الملك له مستندا اجيب بانه لما انتقل نصيب الساكت اليه قام مقام الساكت وكان للساكت
الاستسعاء فكذا للمعتق اما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقايم مقامه وهو المدبر
ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القايم هو مقامه ولا يخفى ان هذا لا يدفع الوارد
على قوله ان الملك المستند لا ينتهض للتضمين اذ قد ثبت التضمين به للعبد غير ان المدبر وجد فيه
مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذي لا ضمان له على المعتق فكان الاوجه ان يقال من الابتداء
لا يضمنه ما ضمن للساكت لانه بالضمان له قايم مقامه وليس له ان يضمن المعتق ذلك الثلث فلذا ليس
للقايم مقامه بخلاف ثلث نفسه اعني ثلث المدبر فانه لم يقم فيه مقام احد ويمكن ان يدفع ورود
اصل السؤال بان الكلام في ان الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسده كالعتق المفسد باعتاقه
ملك المدبر في نصيب الساكت والرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لان العبد ليس مفسدا
شيئا بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت كان للمدبر تضمينه ما ضمنه من ثلث قيمته
عبدا مع ثلثه مدبرا الا ان الاعتاق وجد بعد تملك المدبر نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث نصفه
كذا عللوا والوجه على هذا ان يقال في اصل التعليل ليس له ان يضمن المعتق ما ضمنه لانه لم يكن له
فيه ملك حال عتق المعتق وان لم يدفع الوارد ايضا لانه ظهر ملكه حال العتق باداء الضمان
مستندا ويحتاج الى تتميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الاعتاق من وجه دون وجه ويعود
السؤال لعتق احد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده هذا واورد الطلبة على هذا انه ينبغي
ان يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لانه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا الا انا ولذا قلنا في وجه

ولا للساكت ان يضمنه كما ليس ضمان
الا لانه له وقام مقامه والله اعلم
لو لم يعتق المعتق الا بعد اداء المدبر صح
الضمان للساكت

كون ثلثي الولاء له لانه صار كانه دبر ثلثيه ابتدا والجواب لا نم الا بمنع كون الثلثا الذي ملكه بالضمان
للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه اذ لا موجب لصيرورته مدبرا لان ظهور الملك الان لا يوجب التدبير و
يتجزء وذكرهم اياه في وجه كون ثلثي الولاء غير محتاج اليه اذ يكفي فيه انه على ملكه حين اعتق الاخر
وادى الضمان واما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من انه ضمان جناية لا تملك **قوله** والولاء بين المعتق
والمدبر اثلاثا ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق لان العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار فان احد ثلثيه
كان نصيبه بالاصالة والاخر تملكه بالاداء الضمان للساكت فصار كانه دبر ثلثيه من الابتداء بخلاف
المعتق فانه وان كان له ثلث اعتقه وثلث ادى ضمانه للمدبر ليس له الا الثلث الولا لان ضمانه ليس ضمان
تملك ومعاوضة بل ضمان افساد لما ذكرنا من ان المدبر غير قابل للنقل وحين اعتقه كان مدبرا ولو كان
الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا اثلاثا لكل ثلثه وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء
بين المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر والمعتق لانه انما يعتق بعد الموت ونسبه لقاضي خان وهو غلط
لان العتق المنجز يوجب اخراجه الى الحرية بتخيير احد الامور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع
استخدام المدبر اياه من حين وجوده كما لو اعتق احد الشريكين ابتدا ودبره الاخر الساكت فانه لا تتاخر
حرية باقيه الى موته كما قدمناه اول الباب بخلاف ما لو لم يكن عتق منجز بل تدبير من احدهما ثم كتابة الاخر
او قبله او كان مكاتبا للشريكين فدبره احدهما تقيد في نصيبه وبقي نصيب الاخر مكاتبا من غير ضمان ولا
سعاية عند ابي حنيفة لان نصيب الاخر على حاله عنده واما في الزيادات مكاتب بين اثنين اعتقه احدهما
عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية الا بعد عجزه عند ابي حنيفة لان الاعتاق
يتجزء عنده وعندهما عتق كله والولاء له لان حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى الى ان يعجز عنه
فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق اذا كان موسرا واستسعاء العبد مختارا وجبرا باجارته فهو يحقق ما
قلنا من انه لا يبقى فيه الرق الا الى ان يؤدي السعاية والله اعلم **قال** واذا لم يكن التدبير يتجزء
عندهما الى اخره يعني ان ما ذكرناه الى هنا قول ابي حنيفة فاما على قولهما فلما لم يتجزى التدبير عندهما
يصير كله مدبرا لشريك المدبر وقد افسد نصيب شريكه لما بينا فيضمن ثلثي قيمته لشريكه ولا يختلف
باليسار والاعسار لانه ضمان تملك لانه امكن على ما ذكرنا فاشبه الاستيلاد اي ما اذا استولد احد
الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسرا كان او معسرا بخلاف ضمان الاعتاق ولانه
ضمان افساد لا ضمان تملك وقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس وضمان التملك
ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالاعسار واليسار واردا فيه والولاء كله على قولهما
للمدبر وهو ظاهر لان العتق كله من جهته واعلم انه يجب على قولهما ان ضمان الافساد في الاعتاق لا ينافي
ضمان التملك لانهما حيث قالا ان العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه
القول بانتقال ملك نصيب الساكت اليه والا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه وحينئذ يجب ان يقال
ضمان الاعتاق وان كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والاعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان
التدبير على اصل القياس **قوله** واذا كانت جارية بين رجلين فزعم احدهما انها ام ولد لصاحبه وانكر
الاخر فعند ابي حنيفة وابي يوسف هي موقوفة يوما اي لا تخدم احدا ويوما تخدم المنكر ولو مات
المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الاخر ولا سعاية عليها له وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها لي

قول ابي حنيفة كذا ذكره الفقيه ابو الليث ووجه هذا التفريع انه عند موت الشريك كانه قال
عتقت الجارية من جهة شريكي ولو قال احد الشريكين في حياة صاحبه اعتق شريكي نصيبه فانه
ان لم يتمكن من تضمينه اذا كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لانه لما كان متمكنا من افساده
باعتاقه اعتبر اقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قوله اي قول ابي حنيفة موسرين
كانا او معسرين او احدهما موسرا والاخر معسرا وعندهما كذلك ان كان المقر عليه معسرا فان
كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لانه معترف بان لا حق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو
عاجز عنه لانكاره ولا بينة وقال محمد رحمه الله ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم
تكون حرة لا سبيل عليها وضمه في الكتاب قول ابي يوسف مع محمد بقوله وقالا باعتبار وقوع مرجوع
لابي يوسف ولا ينبغي مثله ان يفعل الا ان يقترن بالبيان فيقال في قوله الاول مثلا والا اوهم
ان ينسب اليه الا ان ما اليسر هو قائل به واختلف المشايخ في ان خدمة المنكر هل هي واجبة عليها
على قول محمد وابي يوسف الاول والصواب ان لا خدمة له عليها بل بمجرد اقرار المقر صار حق المنكر
في سعايتها وتخرج بها الى الحرية وفي المختلف في باب محمد ان نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها
على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها
فان لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا لا يليق بقول ابي حنيفة
وينبغي على قول محمد ان لا نفقة لها عليه اصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس واما جنايتها
فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتاخذ الجناية عليها لتستعين بها وعلى قول ابي حنيفة جنايتها موقوفة
الى التصديق من احدهما صاحبه **قوله** لما انه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كانه
هو استولدها كما لو اقر المشتري على البائع انه اعتق المبيع قبل البيع يجعل كانه هو الذي اعتق حتى
لو اشتراه عتق عليه واذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر
حقيقة فانه لا يكون للاخر الاستخدام والمقر ايضا امتنع عليه الاستخدام لانه يدعي الملك على المنكر
واذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال ان نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حق استسعائها لاحتباس
ماليتها ومنافعها عندها ولا وجه الى تضمين شريكه فاذا استسعاها فلا سبيل لاحد عليها فان
المنكر اخذ حصته والمقر يبرئها منه ويدعي ان حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاد وصار
كام ولد النصراني اذا اسلمت لما امتنع باسلامها مقاصد الملك عليه ولم يمكن اخراجها عن ملكه
مجانا للاضرار به وجب ان يعتق بالسعاية **قوله** ولابي حنيفة وعلمت ان ابا يوسف معه ان استحقاق
المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين لان المقر ان كان صادقا فيكون جميع خدمتها له لانها ام ولده وهو مستحق
خدمتها او كاذب فله نصفها والاخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن واما الشريك المقر فلا استحقاق
له عليها ولا استسعاء لانه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاد والضمان وهو لك وشرح
ذلك قولك انقلب اقراره عليه قلنا ممنوع لان الاقرار بامومية الولد اقرار بالنسب وهو امر لازم
لا يرتد بالرد فلا يمكن ان يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما ثم يوجب ذلك ان يواخذ باقراره
فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ولا يسري قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان
وعتق العبد عليه لو اشتراه من هذا الاقرار على نفسه لا من الانقلاب وحاصله منع الانقلاب

وَالجواب عما استدل به عليه **قوله** وَان كانت ام ولد بينهما بان ادعي كل منهما انها ام ولده فاعتقها
احدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للاخر عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا يضمن نصف قيمتها
وان كان معسرًا سعت للساكت فيه واصل الخلاف في تقوم ام الولد فعنده غير متقومة وعندهما
متقومة وهو قول ساير الفقها غير ابي حنيفة وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسايل ذكرها المصـ
في كفاية المنتهي احديها هذه والثانية ام الولد اذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه احدهما
يثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيا لشريكه عنده وعندهما يضمن نصف قيمة الولد
لشريكه ان كان موسرًا وان كان معسرًا استسعي الولد في النصف يعني اذا بلغ حدا يستسعي فيه ومنها
ام الولد المشتركه بين اثنين اذا مات احدهما لا تسعى للاخر عنده في نصف قيمتها وتسعي عندهما
ومنها لو غصب ام الولد غاصب فماتت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما وذكر في الزيادات
يضمنها عنده بالغصب كما يضمن الصبي الحر حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده كما
يضمن الصبي الحر بذلك لانه ضمان جناية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق ومنها لو
باعها وسلمها فماتت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما ومنها امة حبلى بيعت فولدت
لاقل من ستة اشهر من وقت البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البايع الولد صح وعليه ان يرد
جميع الثمن عنده وعندهما يحبس ما يخصها من الثمن **قوله** وجه قولهما وهو قول الجمهور
انها منتفع بها وطئا واجارة واستخداما وكذا يملك كسبها ولو قال كل مملوك لي حر عتقت
وهذا هو دلالة التقوم والفايت ليس الا مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والابق
وامتناع سعايتها لغرما المولى وورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته
لدفع حاجته كيلا يضيع نسبه وماوه وهذا ما نع يخصها لا يوجد في المدبر فلذا افترق في السعا
وعدمها وهذا في الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال
لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق
الحرية ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم الا يرى ان ام ولد النصراني اذا اسلمت سعت له وهذا اية
التقوم في ام الولد مطلقا لانه لا قايل بالفصل بين ام ولد المسلم وام ولد النصراني فاذا ثبت
التقوم في احديهما ثبت في الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت امه ام ولد فان المغرور يضمن قيمة
ولدها منها عندنا وحاصله دليلان الاول قياس على المدبر والثاني اجماع مركب وايضا تثبت
ما لية فلا تخرج عنها الا بمقتضي وحق الحرية الطاري بالاستيلاد مقتضيا لذلك لثبوته مع
انتفاء ذلك في المدبر فان فيه حق الحرية مع انتفاء عدم المالية والتقوم لثبوتهما فيه **قوله** غير
ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا الفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقي
منفعة من ثلاث فخصها ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفايت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد
الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضا الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنا وقوله على
ما قالوا يفيد الخلاف وقد كتبناه في الكلام على قيمة المدبر **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله الحاصل
ان ما ذكر من اللوازم انما هي لوازم الملك بعضها اعم منه يثبت مع غيره كالوطي والاستخدام والاجارة
تثبت بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام في ملك الرقبة انما الكلام في التقوم والما

والتقوم يثبت بالاحراز عن قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز متقوما الا بالملك وان ثبت معه
والادمي وان صار متقوما لا بعدما لم يكن في الاصل ما لا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا احرز للتمول
وام الولد اذا احرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان اولا ملكها كان للتمول لكن عند
ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرنا وهذه المقدمة تقبل المنع
اعني انتفاء صفة المالية والتقوم بالاحراز للنسب بان يقال لا نسلم الملازمة بين الاحراز للنسب وانتفاء
التقوم وجوابه انه وان لم ينافيه لكنه تابع فصار الاحراز في حق التقدم كالمنتفي ويدل على ذلك ثبوت
لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعايتها لغريم او وارث وان لم تخرج من الثلث او لا مال له سواها وعليه
ديون فان ما كان متقوما لا متقوما في حيوته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور كالمدبر لما لم يخرج
من الثلث او خرج والتركة مستغرقة تعلق به فيظهر انه معتبر حال الحيوة ما لا غير انه موصى به فاذا لم يمكن اعتبار
صحة الوصية فيه بما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وام الولد وحين
ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوما جاز بيعه فاجاب عنه بان عدم جواز بيعه لتحقق مقصود
المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته **والجواب** عن الزام التقوم بام ولد النصراني بمنع تقومها والزام السعاية
فيها ليس لذلك بل للضرورة اذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا اخراجها عن ملكه مجانا وهو مالك صحيح
فانزلت مكاتبة عليه على قيمتها ونقول لا يفتقر بدل الكتابة الى التقوم لانه في اصله بمقابلة ما ليس بمتقوم
وهو فك الحجر ولو سلم فالامور الضرورية لا يقاس عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة او نقول هو يعتقد
المالية فيها وجواز بيعها والحكم والتعلق بهم ينبني على اعتقادهم كما في مالية الخمر وان ملكه لما احتبس عندها
لمعنى من جهتها كان مضمونا عليها وان لم يكن متقوما كالقصاص اذا احتبس نصيب احد الشريكين عند القاتل بعفو
الاخر يلزمه بدله وبهذا تم الوجه لابي حنيفة رحمه الله واما قوله في الكتاب وهذا لان السبب فيها
اي في ام الولد متحقق في الحال وهو الحرية الثابتة بواسطة الولد فغير متوقف عليه الاثبات اذ قد ثبت
شرعا بما ذكرنا عدم تقومها وانما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها يعني ان حكمة اسقاط الشرع تقومها
ثبوت الجزئية بينها وبين مولاها الحر الى اخر ما ذكر في المصاهرة كما اشار اليه عمر رضي الله عنه حيث قال
كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم فلثبوت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم
وكان مقتضاه تنجز حريتها لكن انعقد الاجماع على عدمه فبقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الاجماع
عليه وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه السلام اعتقها ولدها بهذا الطريق وهو انه يدل على تنجز العتق
لكن الاجماع على ان المراد اثبت لها الولد حق الحرية فبقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم
فان قيل فالتدبير ايضا كذلك اي سبب في الحال للعتق لما ذكر في بابه فيجب ان ينتفي تقوم المدبر على وزان
انتفائه بسبب الامومية فالجواب ان ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في ساير التعليقات
لضرورة ان تاخره من التعليقات يوجب بطلانه لان ما بعد الموت زمان زوال الاهلية التصرف فلا تتاخر
سببية كلامه اليه فينعقد بقدر الضرورة فيظهر اثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى
في حق سقوط التقوم على الاصل يعني تتاخر سببيته لسقوط التقوم الى ما بعد الموت وعلى هذا الحل قول
المصنف في المدبر ينعقد السبب بعد الموت ويندفع عنه الزام التناقض وذلك ان كلامه في سقوط التقوم
لام الولد فحاصل كلامه ان سبب سقوط التقوم في ام الولد ثابت في الحال وسبب سقوطه في المدبر متاخر الى ما

بعد الموت كما بينا **باب عتق احد العبدين** هذا ايضا من عتق
البعض غير ان الاول في بعض الواحد وهذا الكلام في بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء
وهو مقدم على الكل لان الاول في عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد **قوله** ومن كان له ثلاثة اعبد
دخل عليه اثنان فقال احدكما حر ثم خرج واحد منهما ودخل الحر وهو الباقي من الاعبد الثلاثة فقال
المولى احدكما حر فالمسئلة على ثلاثة اوجه احدها ان يبين العتق قبل الموت والثاني ان يموت المولى قبل
بيانه وهي مسئلة الكتاب والثالث ان يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه ان يأمر
المولى بالبيان وللعبيد مخاصمته في ذلك فاذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام
الاول عتق وبطل الكلام الثاني لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال احدكما حر انشاء في المبهم الدائر
ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشائيته وصار خبرا بان احدهما
حر وهو الثابت فلا يفيد في الخارج عتقا فان قيل البيان له حكم الانشاء لانه في المعين والعتق المبهم
لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كانه انشا لان العتق فيه بعد ما اعتق لاحد الدائر بينه
وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذا يعتق بالبيان اجيب
بان البيان انشاء من وجه لا من كل وجه بل من حيث ان وقوع العتق الاول في المعين به لا يكون بالعتق الاول
فقط لانه عتق المبهم وهو غير المعين يكون انشاء ومن حيث ان المولى يجبر على البيان اذا خاصمه العبد
ولا جبر على انشاء العتق يكون اظهارا فعلى تقدير الانشاء يعتق الداخل وعلى تقدير الاخبار لا يعتق
فلا يعتق بالشك وان بين بالكلام الاول عتق الخارج فلا اشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه
وان بدا ببيان الكلام الثاني فقال عينت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الاول فايهما بينه من الخارج
والثابت عمل به وان قال عينت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الاول ولا يبطل لان
حال وجوده كانا رقيقين وان لم يبين المولى شيئا حتى مات احد العبيد فالموت بيان ايضا فان مات الخارج
تعين الثابت للعتق بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الاول لزوال المزاحم وبطل الايجاب الثاني لما ذكرنا
وان مات الثابت تعين الخارج بالايجاب الاول لان الثاني هو المزاحم لهما ولم يبق وان مات الداخل امر
ببيان الاول فان عين به الخارج عتق الثابت ايضا بالايجاب الثاني وان عني به الثابت بطل الايجاب
الثاني لما ذكرنا وان مات المولى قبل البيان فهي مسئلة الكتاب واتفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلثة
ارباع الثابت واختلف في الداخل ومذهب ابي حنيفة وابي يوسف انه يعتق نصفه ايضا وعند محمد يعتق
ربعه واستشكل قولهما بعتق النصف وثلثة الارباع مع قولهما بعدم تجزي الاعتاق والجواب ان قولهما
بعدم تجزيه اذا وقع في محل معلوم واما اذا كان الحال انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه
انقسم ضرورة والحاصل ان عدم التجزي عند الامكان والانقسام هنا ضروري ورده بعض الطلبة بمنع
ضرورة الانقسام لان الواقع ان كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يبقى في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله
حرا فيمكن ان يقول بعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيجمع الحاصل على قولهما وقول ابي حنيفة
غير انهم يسعون وهم عبيد وعندهما يسعون وهم احرار اذ الحاصل ان الضرورة اوجبت ان لا يعتق جميع كل
مجانا لا ان يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي الى اداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة اصلهما ورد على ذلك
الطالب انه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم ان يكون موجب قول المولى احدكما حر اعتاقا

الاثنين وهو باطل بل احدكما لا يؤدي معنى كلاكما وقد يدفع عنه بمنع كون الموجب ذلك بل موجبه عتق رقبة
شايعة وانما عتق الكل من كل منهما للضرورة التي اقتضت توزيعه اذ حين لزم التوزيع وجب عتق بعض ووجب
وقوعه في الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة ووقوع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله
اعتقت نصفك كما يقع انعتاق النصف انعتاقا للكل اذا وقع عن موجبه كذلك يقع هنا والحاصل انه لا
موجب اصلا لخروجهما عن اصلهما وموافقة ابي يوسف ابا حنيفة في عتق نصف الداخل لا توجب موافقته
في التجزي ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله اما الخارج فلان الايجاب الاول دائر بينه وبين
الثابت وهو الذي اعيد عليه القول فاوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كل منهما النصف اذ لا
مرجح غير ان الثابت استفاد بالايجاب الثاني ربعا اخر لانه دائر بينه وبين الداخل فيتنصف بينهما لكن
نصفه الثابت شاع في نصفيه فما اصاب منه المعتق بالاول لغا وما اصاب الفارغ من العتق عتق فيتم
له الربع مضافا الى عتق النصف بالاول فتم له عتق ثلثة ارباعه ولانه لو اريد الثابت بالثاني يعتق نصفه
الباقي ولو اريد الداخل لا يعتق منه شي فعتق نصفه في حال ولم يعتق منه شي في حال فيقسم النصف له فيعود ربعه
وقد كان عتق له النصف بالاول فيكمل له عتق ثلاثة الارباع وجه المذكور لمحمد في الداخل ان الايجاب الثاني دائر
بينه وبين الثابت وقد اصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل **قوله** فان كان هذا القول منه في المرض
قسم الثابت على هذا لان العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث فان كانوا يخرجون من الثلث
فلا اشكال وان لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم يجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقبة بينهم على قدر سهامهم
من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته قال المصنف وشرح ذلك ان نجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما
اي قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فستة وذلك لانا نجعل كل رقبة على اربعة وانما نجعل
كل رقبة على اربعة لحاجتنا الى ثلاثة ارباع فنقول يعتق من الثابت ثلثة منه من اربعة ومن الاخرين
من كل واحد منهما سهمان فبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من كون سهام الورثة
ضعفها لان الثلثين ضعف الثلث وهما سهما سهم فيبلغ كل المال احدا وعشرين وكل المال هو
الاعبد الثلاثة فيكون كل منهم وهو ثلث المال سبعة اسهم بالضرورة فيعتق من الثابت ثلثة من
سبعة ويسعى في اربعة ومن الاخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار
ثلثة ارباع الثابت الى ثلاثة اسباعه وذلك اقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الاخرين
سبعين وذلك اقل من ثلثه بثلث سبع واما قول محمد فانما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة
فصار ربعه سدسا وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها اثني عشر فتكون
كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتوق
من مستحق ثلثة الارباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه الا نصف سبع ومن الخارج سهمان
وهما ثلثه ويسعى في اربعة وعلى قولهما يعتق ثلثه الا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدسه
وعلى قولهما يعتق سبعاه ولا يخفى ان الحاصل للورثة لا يختلف **قوله** وهما يقولان لان حاصله
اصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه في كله ونصفه شائعا
معتق لغي ما اصاب منه هذا النصف وعتق ما اصاب الفارغ فلغي ربعه وهذا المعنى منتف في النصف
الذي اصاب الداخل وقد علمت آنفا انهما لم يوافقا على هذا التوجيه هذا وتقدم له ايضا ان

الاجاب الثاني صحيح في حال وهي ان يريد بالكلام الاول الخارج غير صحيح في حال اخرى وهي ان يريد به الثابت
لما تقدم وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء اصلا
فانتصف الثابت به فاصاب كلا ربعه فلهذا عتق من الثابت ثلثة ارباعه ومن الداخل ربعه واذا عرفت
هذا ظهر ان المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لان عتق ثلثة ارباع الثابت على قول محمد ليس كذلك
الوجه المذكور فانه لم يصبه النصف اصلا بل اصابه الربع ابتدا بما ذكر من الوجهين واعلم ان قولهم يريد
الخارج بالكلام الاول معناه يحتمل ان يبين الميت العتق فيه لو بينه قبل موته والا فالعتق المبهم لم يرد
المعين حال صدوره بل المبهم ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه وللشافعي في اصل المسئلة قولان في قول
يقرع بينهم وفي الاصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان وعند احمد رحمه الله يقرع بينهم وكذا اذا قال
لعبديه احدكما حر يقرع بينهما فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه الا ان يقول كنت نويته عند
التلفظ لنا في تاصيل اعتبار الاحوال ما روي انه عليه السلام بعث سرية الى خثعم للقتال فاعتصم ناس
منهم بالسجود فقتلهم بعض اصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل
وليس هذا الا اعتبار الاحوال لان السجود جاز كونه لله فيكون اسلاما فيجب كمال العقل وجاز كونه تعظيما
للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف
ووجه اعتبار القرعة حديث عمران بن حصين رضي الله عنه ان رجلا اعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له
مال غيرهم فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزاهم اثلاثا ثم اقرع بينهم فاعتق اثنين وارق اربعة
رواه مسلم والجماعة الا البخاري وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا وقد علمت ان ما صح
سنده جاز ان يضعف بعلة قادحة ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة وكذا مخالفة العادة القاضية
بخلافه قالوا هذا يخالف نص القران بتحريم الميسر فانه من جنسه لان حاصله تعليق الملك او الاستحقاق بالخطر
والقرعة من هذا القبيل لانها توجب استحقاق العتق ان ظهر كذا لا ان ظهر كذا واما قضاء العادة بخلافه
فانها قاضية بنفي ان واحدا يملك ستة اعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا خاتم ولا دابة ولا قمح
ولا دار يسكنها ولا شيء قليل ولا كثير وما قيل انه قد يتفق للعرب ذلك لما اخذ غلتهم او يكون وقع له ذلك
في غنيمة ان كان مع الغرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل وكثير من كل نوع ايضا مما تقضي العادة بنفيه لانه
اندر نادر وكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة كما قالوا في التفرد
بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس انه يحكم بغلطه وصار رده من جنس خبر الواحد
فيما تعم به البلوى واما ما قيل انها واقعة حال فلا تعم ليس بشيء لان الفعل وان لم يعم فانه يدل على طريق
صحيح واذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به والا فاتباعه يلزم فيما استند للتم به لاعتبار
الاحوال من قصة الخثعميين بلا فرق وكذا العموم من اوجه ضعيفة وحقيقة الوجه ليس الا دلالة العادة
والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلطه من بعض رواته عن عمران ولذلك اجمع على عدم الاقراع عند تعارض
البينتين للعمل باحديهما وعلى عدمها ايضا عند تعارض الخبر ونحن لا ننفي شرعية القرعة في الجملة بل نثبتها شرعا
لتطييب القلوب ودفع الاحقاد والضغاين كما فعل عليه السلام للسفر بنسائه فانه لما كان سفره بكل من شا
منهن جايزا الا انه ربما يتسارع الضغاين الى من يخصها من بينهن فكان الاقراع لتطييب قلوبهن ولذا اقراع
القاضي في الانصبا المستحقة والبداءة بتحليف احد المتخالفين انما هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل والحاصل

انها انما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم
على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك والا فهو كان احق بكفالتها لان خالتها كانت تحته والله اعلم فاما ان يعرف
بها الاستحقاق بعد ما اشتركوا في سببه فاولى منه ظاهر التوزيع لان القرعة قد تؤدي الى حرمان المستحق بالكلية
لان العتق اذا كان شايعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء فاذا اجتمع الكل في واحد فقد حرم الاخر بعض حقه بخلاف ما
اذا وزع فانه ينال كلا شيء واما اذا لم يكن شايعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار اذا اعتق احدهم
جاريته ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة اعشارها ففيه اصابة
المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز ان يفوتها كل حقها قوله ولو كان هذا في الطلاق يعني قال لزوجتين
له احديكما طالق فخرجت احديهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال احديكما طالق وهن غير مدخولات ومات
الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ووجب لها ثلاثة ارباعه ومن مهر الثابتة ثلثة اثمانه ووجب
خمسة اثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه ووجب لها سبعة اثمانه فالزامهما محمد رحمه الله تعالى المناقضة فان
سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من يتعين منهما ليس احديهما اولى
بسقوطه من الاخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها والكلام الثاني موجب في حال
بين ان تراد الخارجة دون حال وهي ان تراد الثابتة لانه يصير جامعا بين اجنبية ومنكوحة لانه لا عدة لانه
قبل الدخول فينتصف ويثبت به سقوط الربع موزعا فيسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابتة فيضم
الى ما سقط مع الاول فيتم لها ثلثة اثمانه فيجب مثله في مسئلة العتق فيعتق ربع الداخل لان الثمن في الطلاق
قبل الدخول بمنزلة الربع لان الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف قال المصنف في جوابه قيل هذا
اي المذكور في الطلاق قول محمد وحده اما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة لا الثمن فلا يتم به الالزام
وقيل بل هو قولهما ايضا والفرق ذكر المصنف انه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها ايضا فيها اما التفريعات
فاقدمناه بيان العتق قبل موت احد العبدين واما التفريعات في الطلاق فمنها اي ميراث النساء وهو الربع
او الثمن ينقسم بين الداخلة والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين اعني الثابتة
والنصف الاخر بين الاوليين لان احديهما ليست اولى به من الاخرى ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة
والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلثة ارباع المهر وان ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام
فان اوقعه على الخارجة طلقت الثابتة ايضا لعدم مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة لم تطلق
وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في مسئلة العتق ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين
الزوج الطلاق الاول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة به وان بين
الطلاق الاول على الثابتة لغى الكلام الثاني وان وقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة
او الثابتة بالكلام الاول وان اوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة ايضا لما تقدم واما الفرق فهو
ان الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا اشكال فيه وكذا في حق الثابت اما على قول ابي حنيفة
رحمه الله فظاهر لانه عتق نصفه وهو يقول بتجزء الاعتاق ومعتق البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح
اللفظ الثاني بالنسبة اليه ايضا بخلاف الطلاق لانه ليس بين كون المراة محلا للطلاق وغير محل له بواسطة
والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الايجاب الثاني فيه دايرا بين كونه موجبا سقوط النصف وكونه غير
موجب شيئا بخلافه في العتق واما على قول ابي يوسف وهو لا يقول بتجزي الاعتاق فلان الثابت دائر بين ان

يكون حرا وليس ان يكون عبدا فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق الى آخر ما ذكرنا لابي حنيفة ولا يخفى ان المراد من كونه
الثابت عتق نصفه على قول ابي حنيفة فيصير بذلك مكاتبا في الايجاب الثاني انما هو بعد الموت والا فالايجاب
الاول انما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكماله فلا يحكم بعتق نصف احديه لكن عند تعذر الموقوف على ذلك الى آخر
بموت المولى قسمناه بينهم فقد يقال من طرف محمد ان اعتبار الاحوال انما هو حال الصدور وما يجب اعتباره وحال
صدور الايجاب الثاني لم يكن في الثابت عتق اصلا واجاب بانه انما يجب الاعتبار حال الصدور اذا كان النعرف حكمه
اذ ذاك ونحن انما نريد ان نعرف حكم الكلام بعد الموت وفرق آخر وهو ان الكلام الاول يعتبر تعليقا في حق الداخل
لحكم يقبل التعليق وهو وقوع العتق اما البراة عن المهر فلا احتماله من جهة الزوج فان البراة انما تكون من قبل
المراة فيعتبر تنجيزا في حق المراة واذا اعتبر تنجيزا كان الكلام الثاني مترددا بين
ان يوجب او لا يوجب شيئا فاوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن ويستحق بلثه
اثمان مهرها ومن الثانية كذلك وكان يسقط ربعها بالاول فيسقط ثلثة اثمان مهر ويستحق ثمنا واحدا
هذا ولا يخفى ان تخصيص ابي يوسف في الفرق بما ذكر يقتضي انه لا يقول بتجزي الاعتاق في الاعبد فيقول
به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر فباع احدهما او مات او قال له انت
حر بعد موتي عتق الآخر المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم ومعلوم ان العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق
المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك رحمهما الله وعند احمد رحمه الله لا بيان الا بالقرعة وباللفظ لا يصح الا ان
يقول كنت نويته عند التلفظ به. وعند الظاهرية لا يعتق اصلا والبيان يقع صريحا كقوله اخترت ان يكون هذا
حرا بذلك اللفظ الذي قلته او يقول انت حر بذلك العتق او اعتقتك بذلك العتق اما اذا اقتصر على قوله
انت حر فان قال اردت بذلك العتق فانه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر ولو لم يقل شيئا عتق هو والآخر معا
لان هذا عتق آخر نازل بغير الاول وبه لم يبق محلا لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الاعتاق
ودلالة كما اذا باع مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا او فاسدا مع قبض ودونه في الصحيح لان البيع
يقع بتصرف يختص بالملك سواء كان يخرجا له عن الملك كما لو نجز عتق احدهما او باعه او لا ولذا عتق الآخر بالمساومة
في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذي تصرف فيه بيانا للعتق الآخر وحكما كما اذا مات
احدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختياريا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر
بموت قرينة لان الانشاء صفة للفظ بل لزوم مرتبة الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذي مات لنزول العتق فيه
ولا بد من عتق احدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحي وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق
المبهم المعلق كان قال اذا جاء زيد فاحدكما حر فلو مات احدهما قبل الشرط او تصرف فيه بازالة الملك تعين جاريه
عتق الباقي وفرق بين البيان الحكمي والصريح فان الحكمي قد رايت انه يصح قبل الشرط بخلاف الصريح فانه لو قال
قبل الشرط اخترت ان يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لانه اختيار قبل وقته كما لو قال انت حر ان دخلت
هذه او هذه ثم عين احدهما للحنث لا يصح تعيينه ولو باع احدهما او كليهما ثم اشتراهما ثم جاء زيد يثبت حكم
العتق المبهم فيعتق احدهما ويؤمر بالبيان لان زوال الملك اليمين لا يبطلها وعن محمد لو كان اليمين قبل الحرية
المجهولة يعني قال لعبده ان دخلت فانت حر ثم قال له مع آخر احدكما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعتقه
عتق الآخر لفوات محلية المحلوف بعتقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب او رهن او آجر يكون بيانا ولو استخدم
احدهما او قطع يده او جنى عليه لا يكون بيانا **قوله** لانه لم يبق محلا للعتق اصلا بالموت وللعتق من جهته

بالبيع اي ولم يبق محلا للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه اياه وللعتق من كل وجه اي ولم يبق
محلا للعتق من كل وجه وهو العتق الملتزم بقوله احدكما حر فان حاصله تعليق عتق كامل بالبيان وبالتدبير
لم يبق عتقه عتقا كاملا لاستحقاقه العتق عند الموت فتعين الآخر ولانه بالبيع قصد الوصول الى الثمن وبالتدبير
قصد استبقاء الانتفاع به مدة حيوته وان يعتقه بعد موته والمقصودان ينافي الوصول الى الثمن والانتفاع
المستمر الى الموت ينافيان العتق الملتزم بالايجاب المبهم فيتعين له الآخر دلالة **قوله** وكذا اذا استولد احدهما
اي وطي احديهما فعلقت لانها صارت ام ولد له فتعينت الاخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق
من كل وجه كالمدبر وقصد ابقايها للانتفاع بها الى الموت وانما قيدنا الوطي بالمعلق لان الوطي غير المعلق ليس بيانا
عند ابي حنيفة كما سيذكر واستشكل على تعيين الآخر بموت احدهما ما لو اشترى احد العبدين وسمى ثمن كل منهما
على انه بالخيار ياخذ ايهما شاء فمات احدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع ان بالموت لم يبق محلية البيع كما لم
تبق محلية للعتق وما لو قال لامتيه احديكما بنتي او ام ولدي ثم ماتت احديهما لا تتعين الحية للاستيلاد
ولا للحرية وجواب الاول بالفرق بان عند اشراف احدهما على الموت تعين البيع فيه لانه تعذر رده كما قبضه لانه
لا يخلو عن مقدمة تعييب فانما تعين للبيع وهو حي لا ميت ولا يتعين العتق بالاشراف على الموت فلو عتق كان
بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب التنقل فتعين الآخر للعتق وجواب الثاني بانه ليس ايقاعا بصيغته
بل اخبار ويجوز ان يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع الى بيان المولى وقوله لا طلاق جواب الكتاب يريد الجامع الصغير
وقوله والمعنى ما قلنا اي من انه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق **قوله**
والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك روى محمد في الاملاء اذا وهب احدهما ولم يقبض
او تصدق فلم يقبض عتق الآخر فالوا ذكره الاقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما ان البيان باعتبار
دلالة تصرف يختص بالملك ولان المساومة اذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة
والبيع الفاسد وهو ادخل في طريق الملك اولى ان يعينه **قوله** وكذلك لو قال لامرأتيه احديكما طالق ثم ماتت
احديهما لما قلنا يعني تطلق الحية لما قلنا في العتق من عتق الباقي بموت احدهما لعدم محلية العتق وكذا لو وطئ
احدى المرأتين تطلق الاخرى لما نبين من مسئلة الامتين التي تليها **قوله** ولو قال لامتيه احديكما حرة ثم
جامع احديهما ولم تعلق لم تعتق الاخرى عند ابي حنيفة رحمه الله وبه قال احمد اما لو علقت عتقت الاخرى
اتفاقا ولو قال احديكما مدبرة ثم وطي احديهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المتعة بخلاف
العتق وقالا تعتق وبه قال الشافعي ومالك في رواية لهما ان الوطي لا يحل الا في ملك واحديهما ليست في الملك
لعتق احديهما بذلك الكلام وكذا لو قتلهما انسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان يوطي احديهما
مبينا المستبقي لملكها فتعينت الاخرى لزواله بذلك العتق كما في الطلاق المبهم فانه اذا قال لزوجتيه احدكما
طالق ولم يدخل بهما او دخل فقال طالق باين او ثلثا فوطي احديهما طلقت الاخرى اتفاقا وانما قيدنا الطلاق
بما ذكرنا لانه لو كان رجعيا لا يكون الوطي بيانا لطلاق الاخرى لحل وطي المطلقة الرجعية ذكره في النوادر وهل
يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات في الزيادات لا يثبت وقال الكرخي يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطي وله ان
الملك القائم فيهما جميعا حتى قلت يوطي يحل وطيهما ولهذا لو وطيتا بشبهة كان الواجب عقر مملوك
كله للمولى وانما يملك البدل لملك الاصل وهذا لان العتق في المنكر اي المبهمة الدايرة بين كل منهما وهي
غير المعينة وتنافيها لان المعينة ليست دايرة بين نفسها والمعينة الاخرى في حق العلم والمبهمة احديهما

ووقوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به والمعلق بالشرط عدم قبله فهو كما لو قال لزوجته
ان طلقتك فانت طالق او لامته ان دخلت فانت حرة فان له وطيهما قبل الشرط لقيام الملك في الحال قولهما احدهما
حرة ان اريد المعينة منعناه او المبهمة سلمناه ولا يفيد لان الوطي انما يقع في المعينة فوطيهما لم يقع في محل
الحرمة فحل واذا حل وطي كل منهما لم يكن وطي احديهما دليلا على تحريم الاخرى بعتقها وانما يلزم اذا كان الحلال
وطي احديهما فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطي بالطلاق المبهم فانه لو صح ما ذكر لزم حل وطيهما
لوقوعه في معينة والمطلقة هي المبهمة فاذا اجيب عنه بتقييد حلهما بما اذا لم تتعين احديهما للطلاق
وبمجرد وطي احديهما تتبين الاخرى فتحرم بخلافه في العتق عاد اول المسئلة وهو انه كما كان الوطي بيانا في الطلاق
يجب ان يكون بيانا في العتق لان الملك في الزوجتين المعينتين قائم انما المطلقة هي المبهمة ولا جواب له سوى ان
الدال في الاصل اعني الطلاق المبهم ليس الا قصد الاستبقاء فانه هو الدليل على نفي الاخرى اذ كان الواجب
اخراج احديهما عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطي لطلب الولد فان طلبه يفيد استبقاء من هو
منها كيلا يضيع حاله ووطي المنكوحة هو المفيد لطلب الولد ظاهرا لانه هو الذي وضع له عقدها لا وطي
الامة لان عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ووطيها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة فلم يكن وجوده
دليلا على قصد الدلالة ظاهرة وعلى هذا فيكفي في دليلهما ان يقال وطي احديهما دليل استبقائها كالوطي في
الطلاق المبهم وفي وجه قوله منع دلالته والفرق بما ذكرنا ولا حاجة الى اثبات الملك فيهما وحل وطيهما
ثم القول بانه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق انه لا يحل وطيهما كما لا يصح بيعهما وقد وضع في الاصول مسئلة
جواز ان يحرم احد اشيا كما يجوز ايجاب احد اشيا كما في خصال الكفارة وحكم تحريم احد اشيا جواز فعلها الا واحدا
لانه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعا ولا يعلم خلاف في ذلك وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطي لعارض
كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطي وهنا كذلك فان موجب اللفظ وهو عتق احديهما لا بعينها
في وطيهما وطي المحرمة بيقين فلا يحل قطعا وان كان الملك قائما فيهما بخلاف اخذ ارش الجناية عليهما لانه بدل
الملك غير مفيد لحل الوطي وغرامة قيمة مملوكين كذلك ايضا وانما وجبت نصف قيمة ودية لكل منهما اذا
قتلهما رجل لصحة اثباته بدون التعيين وانما يتنصف لان احديهما حرة بيقين ولا نعرف فتنصف في الضمان
ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة بخلاف ما لو قتلهما رجلان فان على كل منهما قيمة امة اذ ليست نصف كل
منهما حرة في نفس الامر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الايجاب على العاقلة من غير تعيين بالضمان عليهم بخلاف
قتل واحد فان الحرة لا تعدو من يتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فوزع فيهما وقولهم وقوع الطلاق
فيهما معلق بالبيان فجاز وطيهما غير صحيح اذ لا تعليق بل تنجيز مامور في الشرع بتعيين محله ولو كان يمينا محضا
لم يجبر على ايقاع شرطه كسائر الايمان وهنا يجبر على البيان الذي هو بمنزلة الشرط فعرفنا انه سببه من حيث
توقف الوقوع في المعينة عليه شبها لا يوجب حقيقة احكامه من حل الوطي قبل الشرط فيهما وابو حنيفة لم ينقل
عنه ذلك صريحا بل خرج من تعليله الملك فيهما لحل وطي احديهما **فروع** من البيان قال لامتيه احديكما
حرة ثم قال لم اعن هذه عتقت الاخرى ولو قال بعد ذلك لم اعن هذه الاخرى عتقت الاولى فيعتقان لان
قوله لم اعن هذه اقرار بعتق الاخرى فقد اقر بعتقهما وكذا هذا في الطلاق بخلاف ما لو قال لاحد هذين
علي الف فقيل له اهو هذا فقال لا لم يجب للاخر شيء والفرق ان البيان في الاقرار المبهم ليس واجبا بخلافه
في انشاء الطلاق والعتاق المبهم ولو قال لامة وعبد من رقيقي حران ومات قبل البيان فان كان له امة

وعبد ان عتقت الامة ومن كل عبد نصفه وان كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون في الباقي ولو تعددت
الاما فعلى هذا القياس ان كانتا امتين عتق من كل نصفها او ثلثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي والله اعلم
قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري
ايهما ولد اولا عتق نصف الام وتسعى في قيمة نصفها ونصف الجارية وتسعى في النصف والغلام عبد
لان كل واحدة من الام والجارية تعتق في حال وهو ما اذا ولدت الغلام اولا فتعتق الام بوجود شرط عتقها
والجارية لكونها تبعا للام في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما اذا ولدت الجارية
اولا لعدم الشرط فاذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما والغلام عبد في الحالين لانه ولد وامه
قنة فانها انما تعتق بعد ولادتها اياه اولا لان ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب
كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه والمذكور لمحمد رحمه الله في الكيسانيات في هذه المسئلة انه لا يحكم
بعتق واحد منهم لانا لم نتيقن بعتق واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية ولا يجوز ايقاع العتق بالشك فعن
هذا حكم الطحاوي بان محمدا كان اولا مع ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ثم رجع وفي النهاية عن المبسوط
ان هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى
بالله ما يعلم انها ولدت الجارية اولا فان نكل فنكوله كاقراره وان حلف فكلهم ارقا وانما جواب هذا
الفصل انما هو فيما اذا قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهي حرة فولدتهما
ولا يدري الاول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الام ولا شك ان هذا ليس جواب الكتاب لان في
هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لانها ان ولدت الجارية اولا عتقت بالشرط وان ولدت الغلام
اولا عتقت تبعا للام واما انتصاف عتق الام فلانها تعتق في ولادة الغلام اولا وترق في الجارية وجواب
الكتاب عتق نصفها مع نصف الام وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لان الشرط الذي لم يتيقن وجوده اذا كان
في طرف واحد كان القول قول من انكر وجوده كما اذا قال ان دخلت غدا فانت حرة فمضى الغد ولا يدري ادخل
ام لا للشك في شرط العتق فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام اولا واما اذا كان الشرط
مذكورا في طرفي الوجود والعدم كان احدهما موجودا لا محالة فحينئذ يحتاج الى اعتبار الاحوال فان قلت
المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع
قلنا هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الامة وبنتها لوجود الشرط وقد عرف ان الامة لو انكرت العتق
وشهد به يقبل فعلى هذا جاز ان يدعي رجل حسبة اذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله هنا ولكن المذكور
في المبسوط في تعليله صرح بان الام تدعي العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه فافاد ان ذلك في صورة
دعوى الام وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب واعلم انما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات [illegible]
ابطال قول ابي حنيفة وابي يوسف مع انه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب واستدلاله بان
الشرط الكائن في طرف واحد الى اخره قد ينظر فيه بان ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط
حيث قال اذا قال ان فعلت كذا فانت حر وذلك من الامور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال
العبد فعلت لا يصدق والابنة بخلاف قوله ان كنت تحبيني الى اخره فممكن ان تكون الولادة من الامور التي
ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الاحوال فيعتق نصف الام كما في الجامع **قوله** وان ادعت الامة ان
الغلام هو المولود اولا وانكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين بالله ما يعلم ان الغلام ولد اولا

لانكاره شرط العتق فان حلف لم يعتق واحد منهم وان نكل عتقت الام والجارية معًا لان دعوى الام حرية الصغيرة
تثبت في ضمن دعوتها حرية نفسها لانها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الجملة وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها
فاعتبر نكوله في حق حريتهما جميعًا فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئًا من الحرية لنفسها والباقي في المسئلة بحالها
يعني ولدتهما فادعت الام تقدم الغلام وانكر المولى والجارية بالغة فحلف فنكل عتقت الام خاصة بنكوله
لان دعوى الام حريتها غير معتبرة في حرية الكبيرة لان الدعوى عن الغير انما تصح بولاية او انابة وهما منتفيان
عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الام حرية نفسها دعواها حرية البنت فان قيل اذا ثبت عتق الام ينبغي ان تثبت
حرية بنتها لانه لازم له فالاقرار بحريتها اقرار بحرية الاخرى أجيب بمنع كون عتق الام بالنكول عتقا بوجود
الشرط لجواز كونه بدلا لما ليها من المولى ليترك الحلف او اقرارا بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت
وبان النكول جعل اقرارا على قولهما بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ولهذا
قال محمد فيمن قال لغيره انا كفيل بكل ما يقر لك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى
عليه بالمال لا يصير الرجل كفيلا ولو كان اقرارا من كل وجه صار كفيلا **قوله** ولو كانت الجارية الكبيرة هي
المدعية لسبق ولادة الغلام والام ساكتة والباقي بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الام لما قلنا
في ان دعوى الام حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى
قوله وهذا القدر يعرف ما ذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية وهي ما اذا اتفقوا على ان
ولادة الغلام اولا او اتفقوا على ان ولادة الجارية اولا فلا يعتق احد في الثاني ويعتق كل الام والجارية
في الاول وبها تتم الاوجه للمسئلة ستة **فرع** في المحيط لو قال ان كان اول ولد تلديه غلاما فانت
حرة وان كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الاول عتق نصف الام ونصف الغلام
وربع كل واحد من الجاريتين اما الام فلانها تعتق في حال دون حال وهو رواية وفي عامة الروايات
يجب ان يعتق ثلثها لانها تعتق في حال وترق في حالين بان كانت ولادة احدى الجاريتين اولا واما الغلام
فانه يعتق في حال بان ولدت احدى الجاريتين اولا ويرق في حال بان ولدت الغلام اولا واما الجاريتان
فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لان اصابة الحرية بجهتين متعذر لان الشخص اذا اعتق تبعًا للام
لا يتصور ان يعتق بنفسه ومتى عتق بعتق نفسه لا يعتق تبعًا للام فلا بد من الغاء احدى الجهتين فالغينا
اصابة العتق فالغينا اصابة العتق من جهة الام واعتبرنا الاصابة بعتق انفسهما لانها اقل وهو المتيقن
فان كانت ولادة الغلام اولا لا يعتقان بعتق انفسهما وان كانت ولادة الجارية اولا يعتق الاخير بعتق نفسها
فتثبت لها حرية في حال دون حال فيثبت نصف بينهما وقال ابو عصمة ينبغي ان يعتق من كل ثلثة ارباعها
لان الغلام لو كان اولا يعتق الام فيعتق الجاريتان بعتقها ولو كانت احدى الجاريتين اولا ثم الغلام عتقت
الجارية الاولى والاخرى رقيقة وكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الائمة قول ابي عصمة وقال
هو الذي يوافق ما تقدم **قوله** واذا شهد رجلان على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند
ابي حنيفة الا ان يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي عتاق الاصل بان يشهدا انه اعتق احد عبديه
في مرض موته او شهدا بتدبيره احدهما مطلقا في صحته او مرضه لان التدبير حيث وقع كان وصية وعندهما
تقبل ويؤمر بتعيين عتق احدهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله تعالى **قوله** واصل هذا
اي اصل هذا الخلاف ان الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند ابي حنيفة من غير دعوى العبد مطلقا لا في حرية

الاصل ولا في حرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين ان الدعوى عنده ليست شرطا
في حرية الاصل بل في العارضة فقط وعندهما تقبل بلا دعوى والشهادة على عتق الامة وطلاق المنكوحة
مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت الامة العتق لا يلتفت الى انكارها والعتق لانها متهمة وكذا
على طلاق احدى النسا مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وان انكرت ويجبر على ان يوقع على احدهن **قوله**
والمسئلة معروفة وجه قولهما ان المشهود به وهو العتق حق الشرع اذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة
والجهاد والزكاة ويصح نذره وحلفه به ولهذا لا يحتاج الى قبول ولا يرتد اقرار السيد بحرية العبد برد
العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو اقر بالرق ثم ادعى حرية الاصل واقام البينة تقبل ولو كانت الدعوى
شرط المنع لان التناقض يبطل صحة الدعوى وانما لا نكتفي بشهادة الواحد لانه وان كان امرا دينيا
يتضمن ازالة ملك العبد وابطال مالية ماله فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان ولابي حنيفة رحمه الله
ان العتق اما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكية او هو نفسها وكلا الامرين حق العبد لانه المنتفع
به على الخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصح كونه
على الخصوص في الحقيقة ولا ثبوت للازم الا بعد الملزوم واذا كان المستلزم حقه لا يثبت الا بدعواه
ولا يخفى انه يرد على هذا عتق الامة لانه يفيد الحرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها
من العتق فوجب ان يشترط دعواها فان قيل الفرق انها متهمة لرغبتها في صحبة مولاها حتى نقول لو
كان العبد ايضا منهما قبلت بلا دعواه وذلك بان لزمه حد قذف او قصاص في طرف حتى لو انكر العتق
لا يلتفت الى انكاره قلنا نفرض الكلام فيما اذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ثم قد يمنع تأثير
كون الثابت بالعتق اولا انما هو حق العبد بل لما كان مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى لانه
اذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت اولا او ثانيا فان حول التقرير
هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه اما حقه سبحانه فما ذكرتم واما حق العبد فلانه يصير مالكا
لاكسابه فيتمكن من اقامة مصالحه وتثبت ولايته من نفاذ قوله في الشهادة والنكاح بنته وحصول الميراث
له اذا مات قريبه فهو بما فيه من حق العبد يحتاج الى الدعوى اذ لم يحتج الى الدعوى بما فيه من حق الله تعالى
على ان الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه خالصا
الا يرى ان العفو عن القصاص وابراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول
وكذا التناقض فان عدم منعه لخفاء العلوق لاصل حريته كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك قلنا انه لما اجتمع
في العتق الحقان فلحق الله قلنا لا يمنع التناقض لا في حرية الاصل ولا في حرية العارضة ولحق العبد شرطنا الدعوى
والشاهدين ورد عليهما ايضا عتق الامة فان فيها الحقين فيجب الدعوى والشاهدان لحق العبد ولا
يمتنع التناقض لحق الله سبحانه وايضا اذا كان ما تضمنه من حق العبد يحتاج الى الدعوى لا يلزم ثبوتها
لانه بما فيه من حق الله يعارضه لان الثابت معه عدم الاحتياج الى الدعوى وانهما تعارضان لا ترادا
وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والاخر تقتضي ان لا يثبت والحق
ان المنظور اليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاهما فرجح ما ثبت شرعا الاحتياط في امره وتوكيده
وامر الفروج محتاط فيه فالاحتياط ان لا يتوقف اثباته بعد الشهادة على احد بخلاف ما لم يثبت فيه مثله
فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الامة والطلاق وبين عتق العبد لان حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق

المقتضي لنفي الدعوى ليس من التأكيد بحيث يجب ان يثبت بلا دعوى وبما يقولان جميع حقوق الله تعالى
يجب ان تثبت بلا دعوى لانه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نايبه فتتضمن شهادته دعواه واما
حق العبد فان افتقر ثبوته الى الدعوى فقد انتصب النايب عن الله تعالى نايبا عنه وهذا القدر يحصل
به المقصود فان المثبت في الحقيقة ليس الا الشهادة وانما يبقى فيه ما لو انكر العبد العتق ولا تهمة وحينئذ
يجب الترجيح ويترجح حقه تعالى ولا يقال المتقرر ترجح حق العبد لانا نقول ذلك عند التعارض بان كان
ثبوت احدهما ينتفي معه الاخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى بل اذا اثبتنا حق الله تعالى كان اثباتا لحق العبد
سابقا عليه وانما فيه انه يثبت على رغمه **قوله** واذا كان دعوى العبد شرطا عنده لا يتحقق في مسئلة الكتاب
اي الجامع الصغير وهي ما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه لانه عتق المجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق
وانما تتحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبينة وعندهما ليس شرطا مطلقا فتقبل ويجبر على تعيين
احدهما **قوله** ولو شهدا انه اعتق احدى امتيه الى اخره جواب عما قد يقال اذا كان الدعوى ليست بشرط
عنده في الشهادة على عتق الامة فينبغي ان تقبل على عتق احدى امتيه والواقع انها لا تقبل عنده اجاب
بانه انما لا تشترط الدعوى في الشهادة على عتق الامة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله
تعالى خالصا فشابه الطلاق وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك وكذا هذا والعتق المبهم لا يوجب تحريم
الفرج عنده على ما ذكرناه فانتفى المسقط فيه وصار كالشهادة على عتق احدى العبدين فان قيل لو كانت علة سقوط
الدعوى في عتق الامة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الامة المجوسية والتي هي اخته من الرضاع وفي
الشهادة على الطلاق الرجعي لان الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الاوليين قبل الشهادة وحلها
في الرجعي بعدها **فالجواب** انه يثبت بالشهادة بعتقها نوع اخر من التحريم فان وطي الاخت من الرضاع المملوكة
ليس بحرام يعني لا يلزمه الحد بوطيها قبل عتقها وبعده يلزمه والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها
فاثبت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة واما الامة المجوسية فينبغي ان يشترط الدعوى عنده وما قيل ان وطيها
مملوك له وانما منع من جنبها كالحايض فبالشهادة يمتنع ذلك الوطي فيه ما فيه **قوله** وهذا كله اذا شهدا
بعتقه احد العبدين في صحته اما اذا شهدا انه اعتق احد عبديه في مرض موته او شهدا على تدبيره في صحته
او مرضه لتكون شهادتهما بعتق هو وصية وهو المستثنى في اول المسئلة وقدمنا ان التدبير حيث ما وقع
يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة وسواء كان شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته او بعد
وفاته تقبل استحسانا لان عدم القبول انما تقرر عنده لعدم خصم معلوم فلا تتصور الدعوى واذا
كان وصية فالخصم فيها هو الموصي لان تنفيذ الوصية من حقوق الموصي فهو الخصم المدعي فيها وهو معلوم وعنه
نايب معلوم هو الوصي او الوارث بخلاف حالة الحيوة فان الخصم في اثبات العتق ليس هو السيد لانكاره
بل هو العبد وهو مجهول ووجه اخر للاستحسان وهو ان الخصم بعد الموت في العتق او لم يكن الموصي كان كلا
من العبدين وهما معينان وفي حالة الحيوة لا تتضح خصومتهما لانه لم يعتق منهما شيء والعتق المبهم بخلاف ما
اذا مات المولى قبل البيان فان العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن اعتق احد عبديه
ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما ولا يخفى ان المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق
دعواه ولا تقام البينة الا على منكر ففرض بعض الشارحين ان تكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله
وعنه خلف وهو الوصي او وارثه يعني الوصي ان كان الورثة منكرين او الورثة ان كان الوصي منكرا فتقبل

فيشكل بما لو كان كل من الوصي والوارث منكرا اذ لا تبطل البينة لانها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا
ولا مخلص الا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا وايضا قوله واذا الشهادة في مرض موته الى اخره يفيد انها
تقبل في حيوته وانت علمت ان قبولها بعد موته باعتبارها وصية لاعتباره مدعيا وعدم قبولها قبل موته
لان المدعي العبدان وهما غير من ثبت فيه العتق اعني المبهم والحاصل ان انزاله مدعيا لا يكون الا بعد موته
واما قبل موته فهو منكر ولهذا احتيج الى الشهادة وردت لعدم المدعي ولا مخلص الا بتقييده بما اذا كان
المريض قد اصمت حال اداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات وعلى هذا يجب ان يؤخر القضاء بهذه الشهادة
الى ان يموت فيقضي بها ولا يحتاج الى اعادتها او يعيش فينطلق لسانه فترد لعدم الخصم المدعي **قوله** ولو
شهدا بعد موته انه قال في صحته احدكما حر لا رواية فيه عن ابي حنيفة واختلف المشايخ في تفريعها على قوله فقيل
لانه ليس بوصية لاسنادهما العتق المنجز الى حالة الصحة فلم يكن الميت مدعيا تقديرا وقيل تقبل لان العتق
شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا وصحح فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال الجواز ان يكون
الحكم معلولا بعلتين فيتعدى باحديهما ذكره الكافي وقال هو الاصح ولقايل ان يقول شيوع العتق الذي
هو مبنى صحة كون العبدين مدعيين يتوقف على ثبوت قوله احدكما حر ولا مثبت له الا الشهادة وصحتها تتوقف
على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة فلو انبنت الشهادة بصحة خصومتهما
وهي متوقفة على ثبوت العتق فيهما شايعا لزم الدور واذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح
القبول لعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثاني من وجهي الاستحسان في المسئلة التي قبل هذه **فروع**
شهدا انه حرر امة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة
وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب ان
يكون قولهما كقول زفر في هذه لانها كشهادتهما على عتق احدى امتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا
انه اعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان متعينا لما اوجبه وكون
الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كان القاضي يقضي بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف
العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد
منهما في قول ابي حنيفة لانه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا يتحقق هنا من المشهود له
لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية وهذا فصل في الشهادة على العتق اذا ادعى العبد
واقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى وفي الامة اذا اقامت شاهدا يحال ولو اقام العبد
شاهدين ان كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في امر الشهود لان الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما
نفذ فتثبت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما اذا اقام شاهدا واحدا شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت
او المكان او اللفظ او اللغة او شهد احدهما انه اعتقه والاخر انه اقر انه اعتقه فالشهادة جايزة لان
العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به باختلاف الشهادة بما ذكرنا بخلاف ما لو شهد احدهما
انه اعتقه والاخر انه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لان الهبة تمليك والاعتاق احداث القوة
او ازالة الملك كذا في المبسوط فيحمل ما ذكر قبله من ان اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما اذا كان مؤدى اللفظين
واحدا وضعا ولا يخفى ان التعليل الذي علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من ان العتق لفظ يعاد ويكرر
يقتضي انهما اذا اختلفا في انه اعتقه او وهبه لنفسه انه يقبل ولو اختلفا في الشرط الذي علق به العتق

فاحد بهما جعله كلام زيد والاخر الدخول شلا لم يجز اذ لا يمكن القاضي من القضا بواحد من الشرطين ولو
اتفقا على انه الدخول شلا وقال المولي بل كلام فلان فايهما فعل فهو حر لثبوت الدخول شرطا بالشهادة
والكلام بقول المولي ولو شهد احدهما انه اعتقه بجعل والاخر بغير جعل لم يجز لان العتق بجعل يخالف العتق
بغير جعل في الاحكام وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولي ينكر الجعل سوا ادعى العبد اقل المالين او اكثرهما
ولو كان المولي يدعي اقل المالين والعبد ينكر عتق لاقرار المولي بحريته ولا شي عليه لاكذابه احد شاهديه ولو
الذي يشهد له بالاكثر وان ادعى العتق بالف وخمسمايه واحدهما يشهد بالف والاخر بالف وخمسمايه قضي
عليه بالف لان الشهادة لا تقوم هنا على العتق لان العبد عتق باقرار المولي وانما تقوم على المال ومن ادعى الفا
وخمسمايه وشهد له شاهد بالف والاخر بالف وخمسمايه يقضي بالالف لاتفاقهما على الالف لفظا ومعنى بخلاف
الالف والالفين كما سياتي في الشهادات. ولو شهدا انه اعتقه ان كلم زيدا والاخران ان دخل فايهما فعل
عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ولو تعارضت بينتا العبد والمولي في مقدار ما اعتقه رجحت
بينة المولي لاثباتها الزيادة بخلاف ما لو اقام العبد البينة على انه قال ان اديت الي الفا فانت حر وانه
اداها واقام المولي انه قال اذا اديت الي الفين الي اخره فالعبد حر ولا شي عليه لانه اثبت ببينته تنجز الحرية
فيه ولو اقام العبد بينة انه باعه نفسه بالف واقام المولي انه باعه نفسه بالفين كانت البينة بينة المولي
لان العتق تنجز بالقبول فكان اثبات الزيادة في بينة المولي قال في الاصل. ولو باعه نفسه بالف فاداها
من مال المولي كان حرا وللمولي ان يرجع عليه بمثلها قال في المبسوط العتق هنا حصل بالقبول لا باداء المال
وانما يتحقق هذا الفصل فيما اذا علقه بالاداء لان نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وان كان المؤدي
مسروقا او مغصوبا من المولي ثم رد هذا المال على المولي وان كان مستحقا عليه فيفع من الوجه المستحق في الحكم
ويكون له ان يرجع عليه بمثله واذا رجع شهود العتق بعد القضا به لم يبطل العتق لانهما لا يصدقان
في ابطال الحكم ولا في ابطال حق العبد ولكنهما يضمنان قيمة ما اتلفا ماليته على المولي وقد اقرا بالرجوع
انهما اتلفا ماليته على المولي بغير حق. ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بان المولي كان اعتقه ان شهدوا انه
اعتقه بعد شهادة هولاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لانهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضا القاضي
والمعتق لا يعتق وان شهدوا انه اعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف
ومحمد يرجعون على المولي بما ضمنوا وهذا بنا على ما بينا ان عندهما الشهادة على عتق العبد تقبل من غير دعوي
فيثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من الوقت الذي شهدوا به وان لم يكن ثم مدع لذلك ويتبين به
ان الفريق الاول لم يتلفوا على المولي شيا بشهادتهم وانه اخذ منهم بغير حق وعنده لا تقبل الا بدعوي ولا مدع
لما شهد به الفريق الثاني فان العبد حكم بحريته فلا يمكنه ان يدعي العتق والله تعالى اعلم

باب الحلف بالعتق

الحلف بالكسر مصدر حلف سماعي وله مصدر اخرا عني حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله
التا للمرة كقول الفرزدق على حلفة لا اشتم الدهر مسلما ولا خارجا من في زور كلامي. وقال امرو القيس
حلفت لها بالله حلفة فاجر لناموا فما ان من حديث ولا صال. والمراد بالحلف بالعتق تعليقه ولما كان
العلق قاصرا في السببية عن المنجز قدم عليه والماجري المصنف على ان يولي التصرف الذي يصح تعليقه
الحلف به كما فعل في الطلاق ولم يضم الكل الي كتاب الايمان ليكون انضبط لاحكام التصرف الواحد حيث يجتمع

في بابه ولا يتفرق احكامه في الابواب اولي العتق الحلف به قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل
مملوك لي يومئذ فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق اي ذلك المملوك الذي اشتراه
ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك الا ان يكون اضافة الي الملك قرره ليرده اليه لان التنوين
في يومئذ عوض عن الجملة المضاف اليها لفظ اذ تقديره اذ دخلت ولفظ يوم ظرف لمملوك فكان التقدير
كل من يكون في ملكي يوم الدخول حر وهذا في الحقيقة اضافة عتق المملوك يوم الدخول الي يوم الدخول
والمملوك لا يكون الا بملك فصار كانه قال ان ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حر وهو يصدق بملك
قبل الدخول يقارن بقاه الدخول فكان اضافة العتق الي الملك الموجود عند الدخول معنى بخلاف قوله
لعبد غيره ان دخلت فانت حر فاشتراه فدخل لا يعتق لانه لم يضف العتق الي ملك لا صريحا ولا معنى وعدل
المصنف الي لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول ليفيد ان لفظ اليوم
مراد به الوقت حتى لو دخل ليلا اعتق ما في ملكه لانه اضيف الي فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان في اللفظ
انما اضيف الي لفظ اذ المضاف للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد يوم الوقت الدخول وهو
وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييدا لليوم به لكن اذا اريد به مطلق الوقت يصير
المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا في الاستعمال الفصيح كنحو ويومئذ يفرح المومنون ولا
يلاحظ فيه شي من ذلك فانه لا يلاحظ في هذه الاية وقت وقت يغلبون يفرح المومنون ولا يوم وقت
يغلبون يفرحون ونظايره كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف ان لفظ اذ لم يذكر الا لتكثير العوض عن الجملة
المحذوفة او عمادا له اعني التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا فنسينا لم يلاحظ معناها ومثله كثير في اقوال
اهل العربية في بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقي في ملكه حتى
يعتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا اي من ان المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم قوله ولو
لم يكن قال في يومئذ بل كان اذا دخلت فكل مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم بل الذي كان في ملكه
وقت التكلم ووجهه المصنف بقوله لان قوله كل مملوك لي يختص بالحال والجزا حرية المملوك في الحال يتعلق في
الحال بمملوك اي المملوك في الحال حريته هي الجزا فلما دخل الشرط عليه تاخرت الي وجود الشرط فيعتق عند الشرط
من كان مملوكا عند التكلم ووجه كون كل مملوك للحال الا ان المختار في الوصف من اسم الفاعل والمفعول ان معناه
قايم حال التكلم من نسب اليه على وجه قيامه به او وقوعه عليه واللام للاختصاص اي لاختصاص من جرت معنى
متعلقها اليه به اي بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص يا المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال
وهي اثر ملكه فلزم قيام ملكه في الحال لضرورة اتصافه باثرها في الحال والابتدا لا اثر بلا موثر هذا ويعتق بقول
القايل كل مملوك لي حر العبيد ولو مرهونين او ماذونين او موجرين والاما وان كن حوامل والامهات اولاده
والمدبرون واولادهما ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوي الذكور فقط
لم يصدق في القضا لانه خلاف الظاهر في عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع ان طايفة من الاصوليين
على ان جمع الذكور يعم النسا حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الحمل الا ان يعينهم ولا عبد عبده
التاجر وهو قول ابي يوسف الا ان ينويهم وسوا كان على العبد دين او لا وفي قول محمد يعتقون نواهم او لا
عليه دين او لا وعلى قول ابي حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا
ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان في ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه

ظاهر لفظه فلم نعتبر نيته في ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى ان
التعليل يرشد الى ان يعتق ما هو في ملكه مع هذه النية انما هو في القضاء وفي الذخيرة قال مماليكي كلهم احرار
ونوى الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لي ونوى التخصيص يصدق ديانة
انتهى فان قلت ما الفرق في الوجهين هو تخصيص العام فالجواب ان كلهم تاكيد للعام قبله وهو مماليكي
لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لي فان
الثابت به اصل العموم فقط فقبل التخصيص **قوله** ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت
ذكرا لم يعتق سواء ولدته لستة اشهر من وقت القول او اقل اما اذا ولدته لستة اشهر فلان اللفظ اي لفظ كل
مملوك لي للحال على ما بينا من وجهه وفي قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده فجاز ان لا يكون
كائنا عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ولم يقل لا يعتق بالشك لانه لا شك لان الظاهر ان مدة الحمل لا تكون الا
اكثر من ستة اشهر واما اذا ولدته لاقل من ستة اشهر فلان التيقن بوجوده حال التكلم وان كان قائما لكن لفظ المملوك
المطلق انما ينصرف الى المملوك بالاصالة والاستقلال والحمل مملوك تبعا للام كعضو من اعضائها حتى تنتقل
بانتقالها وتتغذى بغذائها كما يتغذى العضو ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل انه لم يعتبر
في الشرع نفسا مملوكة انه لا يجزئ عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد
بالذكورة انه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على ان لفظ
مملوك اما الذات متصفة بالمملوكية وقيل التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التانيث جزء مفهوم مملوكة فيكون
مملوك اعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التانيث لا الدلالة على عدم التانيث واما الاستعمال
استمر فيه على الاعمية فوجب اعتباره كذلك **قوله** وان قال كل مملوك املكه بعد غد يعني ان بعد غد
ظرف لحر لا لاملكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك في الصورتين فاشترى اخر ثم جاء بعد غد
عتق الذي كان في ملكه يوم حلف دون المشتري ولفظ بعد غد بالرفع لانه فاعل لجاء لا ظرف ووجهه ان كل
مملوك تقدم انه للحال وكذا لفظ املك للحال حقيقة يقال انا املك كذا فيتبادر منه الحال والتبادر
دليل الحقيقة وكذا يستعمل فيه من غير قرينة وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كالاسناد الى
متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو وهذا احد المذاهب لاهل العربية وقيل بقلبه وعليه مشى في
المحيط حيث قال املك وان كان حقيقة في الاستقبال لانه صار للحال شرعا كما في الشهادة وعرفا يقال املك
كذا وربما يكون كالحقيقة في الحال والمذهب الثالث انه مشترك للحال والاستقبال وهو الذي اورده
بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا به ان مذهب النحاة ليس الا انه مشترك وهو ظاهر مذهب سيبويه
واعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بان قول المصنف انه للحال لا يدل على انه للاستقبال ليس حقيقة
لان المشترك حقيقة في المعنيين انتهى فترك النظر الى قول المصنف وكذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال
بقرينة وهذا صريح في انه في الاستقبال مجاز لانه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا ان الاشتراك
ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب ثلثة وما اختاره المصنف مذهب المحققين منهم كابي علي الفارسي وغيره
واستدل عليه بما ذكر المصنف من انه لا يراد الا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال واما اختيار عكسه كما في
المحيط فورد عليه ان الحقيقة المستعملة اولى من المجاز المتعارف عند ابي حنيفة فكان ينبغي ان يكون الجواب عنده
على خلاف المذكور واما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به ان تعين الحال لغلبة الاستعمال عند عدم القرينة

اي المعينة لاحد المفهومين الحقيقيين بخلاف نحو اسافر وان تزوج فانه محفوف بقرينة الاستقبال وهي
المشاهدة واذا ثبت انه يراد به الحال على الخلاف التزوج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا الى ما
بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال **قوله** ولو قال كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر بعد موتي وله
مملوك فاشترى اخر ثم مات فالذي كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذي اشتراه ليس
بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى يجوز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق جميع كل
منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن ابي يوسف في النوادر انه
لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان في ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك لي اذا مت فهو حر
وهذا في اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من ان المضارع للحال وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا
صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الاخر ولهذا الوجه طعن عيسى بن ابان في جواب
المسئلة واوجب المروي عن ابي يوسف وايضا لو لم يرد به الحال فقط فاما ان يراد كل منه ومن المملوك
في المستقبل فيلزم اما تعميم المشترك او استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذلك في الحال او
عند ملكه لانه حينئذ في المعنى كل مملوك لي وسأملكه مدبر وكذا ان اريد باللفظ المجتمع في الملك عند
الموت وهو عموم المجاز كما ذهب اليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك املكه غدا فهو حر ولا نية له عتق
ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم او ملكه الى الغد خلافا لابي يوسف فان عنده قوله لا يتناول
الا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبيرا مطلقا على قول محمد كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت
مدبر وهو منتف او يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك املكه الى سنة او شهر او الى ان اموت وابدا
لزم ان لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الاقسام فتعين الاول وهو ان يعتق الكائن
في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا وعرف من هذا ان صور التركيب ثلثة اقسام ما يتناول الحال
فقط اتفاقا وهو كل مملوك املكه او كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما في ملكه يوم قاله ولا يعتق
ما يستقبل ملكه وما يتناول المستقبل عينا اتفاقا وهو كل مملوك املكه الى سنة ونحوه وما فيه خلافهما
وهو نحو كل مملوك املكه غدا ففي قول محمد يعتق في الغد من كان في ملكه والمستحدث خلافا لابي يوسف
وقول محمد اقيس بمسئلة يوميذ بقليل تامل **قوله** ولهما ان هذا مجموع التركيب لا لفظ املكه فقط كما في
بعض الشروح ايجاب عتق وايصا لان حاصل التدبير ايجاب العتق مضافا الى ما بعد الموت وهذا هو
الايصاء به فوجب ان يعمل بمقتضى كل من الايجاب والايصاء اللذين هما معنى التدبير ومقتضى ايجاب عتق
ما يملكه وقوعه في الحال في الملك حال التكلم ثم هو مضاف الى الموت فكان تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه
ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة اي الحابسة لما فيها والرهن الحبس وزمن الحال هو
الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة ايضا للاتفاق على انه لو اوصى
بثلث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ولو اوصى لولد فلان ولا اولاد له فولد له بعد ذلك
اولاد دخلوا واستحقوا الموصى به وانما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلا لغرض الميت
من تحصيل الثواب والبر فيصير كانه قال عند الموت كل عبد لي حر فيعتق ما دخل في ملكه قبل ذلك ومنه
ما ملكه بعد قوله الصريح بخلاف قوله كل عبد املكه غدا فهو حر ليس فيه الا جهة واحدة هي جهة الايجاب
فلا يدخل الا الحاصل في الحال ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنييه اعني لفظ املك وهو ممنوع عندنا

اورده المصنف واجاب بان الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين وانت تعلم ان هذا قول العراقيين غير مرضي في الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين ولو امكن ان يقال ان لفظه اوجب تقدير لفظ اذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حر فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبر للاصحاب وهذا الموجب لا يحتاج الى تقديم تقديره عند ملك العبد والا كان مدبرا مطلقا فانما يحتاج اليه عند موته من قوله فلا يتعلق به عبارته عند ملكه لا الصحيحة لانها لم تتناول الا الحال ولا المقدرة لتاخير تقديرها الى ما قبل الموت فلا يكون مدبرا لا مطلقا ولا مقيدا كان دافعا للاشكال

فروع من تعليق العتق قال لعبده ان بعتك فانت حر فباعه لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا ان يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا ان يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه ان يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعاقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده ان دخلت فانت حر فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين وجود الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فباعه فدخل احديهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع امرين كان الشرط وجود الملك عند اخرهما وبينا مثله في الطلاق ولو دخل احديهما قبل البيع والاخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند اخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع امرين اعتراض الشرط فلو قال اذا دخلت فانت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير انه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كانه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه انت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا تنعقد في غير ملكه فكلامه غير موضع ولو قال ان دخلت فانت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لان تعلق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك او مضافا اليه واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه فحصل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما ينزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزى عند ابي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لان المعلق النصف المشاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه وجمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من ميت وحجر او حمار وقال احدكما حر وقال هذا او هذا عتق عبده عند ابي حنيفة وان لم ينو وقالا لا يعتق الا ان ينويه ومثله واصله مر في الطلاق وروي ابن سماعة عن محمد انه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال احدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية للجزم ولو قال هذا حر او هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر اولا وهذه مسألة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فانت حر فشهد فلان واخر انه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادتهما

بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو واخر انه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق الا شاهد واحد على الشرط ولو شهد ابنا فلان انه كلم اباهما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانها على ابيهما بالكلام وعلى انفسهما لوجود الشرط وان ادعاه ابوهما فعند ابي يوسف هي باطلة وعند محمد جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما محمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وابي يوسف يعتبر مجرد الدعوى والانكار لان شهادتهما تظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله سبحانه اعلم

باب العتق على جعل

اخر هذا الباب عن ابواب العتق منجزها ومعلقها كما اخر الخلع في الطلاق لان المال في هذين البابين من الاسقاط غير اصل بل الاصل عدمه فاخر ما ليس باصل عما هو اصل والجعل ما جعل للانسان على شيء بفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها بالكسر في الصحاح وفي غيره من غريب الحديث للقتبي وديوان الادب للفارابي بالفتح فيكون فيه وجهان **قوله** ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر على الف درهم او بالف درهم او على ان لي عليك الفا او على الف يؤديها او على ان تعطيني الفا او على ان تجيئني بالف او بعتك نفسك بالف او وهبتك لها على ان تعوضني الفا فانه يعتق اذا قبل وانما يعتق بمجرد قبوله والولاء للمولى لانه عتق على ملكه وهو موجب للولاء وبالعوض لانه معاوضة ومن حكم المعاوضات ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كما في البيع وكما اذا اطلقها على مال فقبلت وهذا لان المولى ثبت ملكه في العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان في ملكه حكما للمعاوضة وصار كالبيع فيشترط القبول في مجلسه ذلك ان حاضرا وان كان غائبا اعتبر مجلس علمه فان قبل عتق ولزمه المال دينا يطالب به بعد الحرية وان رده او اعرض اما بالقيام او باشتغاله بعمل اخر بطل وليس له ان تقبل بعده واذا صار دينا على حر صحت الكفالة به وعليه ما ذكر في الاصل اعتق امته على مال فولدت ثم ماتت ولم تترك شيئا فليس على الولد من ذلك المال شيء لانه ليس على الوارث من دين المورث شيء ولو كانت اعطته في حياتها كفيلا بالمال الذي اعتقها عليه جاز لانها حرة مديونة بخلاف بدل الكتابة لا تصح به الكفالة لانه دين ثبت مع المنافي لثبوته بالشرع لضرورة حصول العتق للعبد والبدل للمولى فيتقدر بقدره فلا يتعدى الى الكفيل والمنافي هو الرق فانه ينفي ان يكون للمولى على مرقوقه دين ولان الكفالة انما تصح بدين صحيح وهو ما لا يخرج المديون عنه الا بالاداء او ابراء من له وبدل الكتابة يسقط بدونهما بان عجز نفسه وكما يصح الكفالة به جاز ان يستبدل به ما شاء يدا بيد لانه دين لا يستحق قبضه في المجلس فيجوز ان يستبدل به كالايمان ولا خير فيه نسيئة لان الدين بالدين حرام **قوله** واطلاق لفظ المال اي قوله على مال ينتظم انواعه من النقد والكيل والموزون والعرض والحيوان وان كان بغير عينه بعد كونه معلوم الجنس كمائة قفيز حنطة وان لم يقل جيده او وسطه وكفرس او حمار او عبد لان الجهالة يسيرة فتتحمل لانه معاوضة مال بغير مال فشابه النكاح وعلل المصنف كونه معاوضة مال بما ليس بمال بان العبد لا يملك نفسه يعني الحاصل له في مقابلة المال ليس مالا لان نفسه بالنسبة اليه ليس مالا لانه مبقى على اصل الحرية بالنسبة الى نفسه حتى صح اقراره بالحدود والدين وان تاخر عنه الى الحرية وكذا الخلع والصلح عن دم العمد وفيها يعتبر ذلك كما تقدم ويلزمه الوسط في تسمية الحيوان والثوب بعد بيان جنسه من الفرس والحمار والعبد والثوب الهروي ولو اتاه بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المشهود وهو

مذهب مالك واحمد ولو لم يسم الجنس بان قال على ثوب او حيوان او دابة فقبل عتق ولزمه قيمة نفسه ولو
ادى اليه العبد او العوض فاستحق ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله وقد علمت ان القيمة في مثله
مخلص وان كان معينا بان قال اعتقتك على هذا العبد او الثوب او بعتك نفسك بهذه الجارية فقبل
وعتق وسلمه فاستحق رجع على العبد بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يرجع بقيمة المستحق
وعلى هذا الخلاف اذا هلك قبل التسليم واذا كان الحكم انه لو اشترى شيئا بعبد الغير صح البيع فكذا هنا
الا ان في البيع اذا لم يجز مالك العبد يفسخ العقد وهنا لا يفسخ بعد نزول العتق بالقبول ولو اختلفا
في المال جنسه او مقداره بان قال المولى اعتقتك على عبد وقال العبد على كر حنطة او على الف وقالت
العبد على مائة فالقول للعبد مع يمينه وكذا لو انكر اصل المال كان القول له لانه عتق باتفاقهما والمال
عليه للمولى فالقول في بيانه قوله والبينة بينة المولى اما لاثبات الزيادة او لانه يثبت حق نفسه ببينته
ولو كان هذا الاختلاف في مسئلة التعليق بالاداء وهي التي تلي هذه المسئلة اعني قوله ان اديت الى الفا
فانت حر فالقول قول المولى مع يمينه لان التعليق بالشرط تم به فالقول قوله في بيانه بخلاف ما قبلها فان العبد
عتق بالقبول فيكون الاختلاف بينهما في الدين الواجب عليه اما هنا فلا يعتق الا بالاداء وانما الاختلاف
بينهما فيما يقع به العتق فكان القول للمولى وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد اذ لا منافاة بين البينتين
لانه يجعل كان الامرين كانا اي الشرطين اتى به العبد يعتق ولان البينتين للالزام وفي بينة العبد معنى الالزام
اتم فانها اذا قبلت عتق العبد باداء الخمسمائة وليس في بينة المولى الزام فانها اذا قبلت لا يلزم العبد
اداء المال هكذا فاعرف هاتين المسئلتين ولو قال المولى اعتقتك امس على الف فلم تقبل وقال العبد
قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه اقر بتعليق العتق بقبوله المال وهو يتم بالمولى ولهذا يتوقف بعد
المجلس اذا كان العبد غائبا ثم العبد يدعي وجود الشرط بقبوله وزوال ملك المولى به والمولى ينكر فالقول
قوله كما لو قال له قلت لك امس انت حر ان شئت فلم تشأ وقال بل قد شئت فالقول قول المولى بخلاف قوله
لغيره بعتك هذا الثوب امس بالف فلم تقبل وقال الاخر بل قبلت القول للمشتري لان القائل اقر بالبيع ولا تحقق
البيع الا بقبول المشتري فهو في قوله لم تقبل راجع عما اقر به **قوله** ولو علق عتقه باداء المال صح وصار
ماذونا وذلك مثل ان يقول ان اديت الى الفا فانت حر ومعنى قوله صح اي التعليق فيستعقب مقتضاه
وهو انه يعتق عند الاداء من غير ان يصير مكاتبا لانه صريح في تعليق العتق بالاداء وان كان فيه معنى المعا[وضة]
في الانتهاء على ما نبين في خلافية زفر والكتابة ليست صريحا في التعليق بل صريحة في عقد المعاوضة وصار
العبد ماذونا ضرورة الحكم الشرعي بصحة هذا التعليق واستعقابه اثاره من العتق عند الاداء وذلك يقتضي
ان يتمكن شرعا من الاكتساب ولانه رغبه في الاكتساب حيث علق عتقه باداء المال ويستلزم طلب المولى
المال منه فيلزم ان يجعله ماذونا لان الموضوع للاكتساب في العادة وخصوصا عادة المحققين بصفة
انهم موالي العبيد هو التجارة لا التكدي لانه خسة يلحق المولى عارها لكنه لو اكتسب منه فادى عتق لوجود
الشرط **قوله** وان احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد ومعنى الاجبار فيه وفي سائر الحقوق
من ثمن المبيع وبدل الاجارة وغيرهما ان ينزل قابضا بالتخلية بينه وبينه بان يكون بحيث لو مد يده اخذه
وعلى هذا فمعنى نسبة الاجبار للحاكم ان يحكم بانه قد قبض هذا اذا كان العوض صحيحا اما لو كان خمرا
او نحوه ولا حيلة له فاحشة كما لو كان قال له ان اديت الى كذا خمرا او ثوبا فانت حر فادى ذلك لا يجبر على قبولها

اي لا ينزل قابضا الا ان اخذه مختارا واما عدم العتق في قوله ان اديت الي الفا فحججت بها فانت حر لا يجبر
على القبول لان التعليق بشيئين والحج فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا ان كان قال ان اديت
الفا اجج بها اجبر على القبول لان الاداء تمام الشرط والحج وقع مشورة وقال زفر رحمه الله لا يجبر على القبول
اي لا ينزل قابضا بالتخلية بل ان اخذه كان قابضا وعتق العبد وقوله هو القياس لانه تصرف يمين اذ هو
تعليق العتق بالشرط لفظا ولهذا لا يتوقف صحته على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ واذا كان يمينا فلا اجبار
على مباشرة شروط الايمان لانه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر على ان يباشر الا ان اسبابا يوجب عليه
شيئا بخلاف الكتابة لانه عقد معاوضة لازمة والبدل فيها واجب على العبد فيجبر على قبضه اذا اتى به اما
هنا البدل ليس واجبا على العبد فلا يلزم المولى قبوله واعلم ان الكتابة قد تثبت بصيغة الشرط اذا احف
بما يقتضيها كقوله ان اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر في الخزانة يصير مكاتبا لا يجوز بيعه كذا ذكره
في الدراية مقتصرا ونسبه الى الخزانة والمسئلة في مبسوط شمس الائمة وذكر ان هذا هو المذكور في
نسخ ابي سليمان وفي نسخ ابي حفص لا يكون مكاتبا وله بيعها لانه تعليق بشروط وهو ان يؤدي المال الخ
والتعليق بشرط واحد وشروط سوا ووجه رواية ابي سليمان انه جعله منجما والتنجيم من حكم الكتابة والعبرة
للمعاني لا للالفاظ واستشهد لابي حفص بما لو قال ان اديت الي الفا في هذا الشهر فلم يؤده فيه واداه في
غيره لا يعتق اتفاقا. واجيب بان ليس في هذا تنجيم والمسئلة تحتمل التامل **قوله** ولنا انه تعليق نظرا
الى اللفظ ومعاوضة بالنظر الى المقصود لانه ما علق عتقه بالاداء الا ليحثه على دفع المال لينال العبد شرف
الحرية من جهة السيد وينال السيد المال عوضا عنه وهو معنى المعاوضة وقد فرض صحة هذا التصرف
لتحقيق هذا الغرض شرعا فلا بد من اعتباره معاوضة ولذا كان عوضا في الطلاق اذا قال ان اديت الفا
فانت طالق حتى وقع بائنا لكن لما لم يكن المال لازما على العبد تاخر هذا الاعتبار الى وقت ادائه اياه ويلزم
اعتباره مكاتبا لان ما بالضرورة يتقدر بقدرها فيثبت ملكه لذلك قبيله ويلزم قبوله على السيد وبه
يندفع الايراد القائل فيه كيف يصح المعاوضة وكل من البدل والمبدل للمولى لان على ما ذكر يكون المال للعبد
لا للمولى وقد اجيب بان هذه مغالطة لان العتق حصل للعبد وهذا يتم ان اريد بالمبدل العتق اما
ان اريد به الاعتاق الذي هو فعله فلا ولو حول تقرير الاشكال الى ان المال ملك السيد فكيف يعتق باداءه
وان انزل مكاتبا كان المكاتب لا يعتق باداء ما كان اكتسبه قبل الكتابة لم يدفع هذا الجواب واندفع بخلاف
ذلك الجواب فانه يدفع الاشكال كيف ما قررناه اما قبل الاداء فالواجب اعتبار الشرط والا لتضرر السيد
اذ يمتنع بيعه عليه ويصير العبد احق بمكاسبه من سيده مع انه لم يجب عليه اداء مال ولسرى الحرية الى المولود
للامة المعلق عتقها بالاداء بخلاف ما لو كان عبدا لان رق الولد وحريته تابعة لامه والحاصل انه ثبت له
جهتا التعليق والمعاوضة فوجب توفير مقتضى كل عليه وعلى هذا يدور الفقه اي على ترتيب مقتضى كل شيء عليه
ويخرج المسائل المختلفة التي بعضها يقتضي اعتباره تعليقا وبعضها يقتضي اعتباره معاوضة لانه لما
تاخر اعتبار المعاوضة الى وقت الاداء كانت احكام الشرط اكثر من احكام المعاوضة فلم يثبت من احكامها الا
ما هو بعد الاداء وهو ما اذا وجد السيد بعض المؤدي زيوفا فان له ان يرجع بقدره جيادا وما كان
من ضروريات المعاوضة وهو تقدم ملك العبد لما اداه وانزاله قابضا اذا اتاه به وفيما قبل ذلك المعتبر
جهة التعليق فكثرت اثاره بالنسبة فلذا خالف المعاوضة التي هي الكتابة في صور كثيرة الاولى اذا مات

العبد قبل الاداء وترك مالا فهو للمولى ولا يؤدى منه عنه ولا يعتق بخلاف الكتابة الثانية لو مات
المولى وفي يد العبد كسب كان لورثة المولى ويباع العبد بخلاف الكتابة الثالثة لو كانت امة فولدت ثم ادت
فعتقت لم يعتق ولدها لانه ليس لها حكم الكتابة وقت الولادة بخلاف الكتابة الرابعة لو قال العبد
للمولى حط عني مائة فحط المولى عنه وادى تسعمائة بخلاف الكتابة الخامسة لو ابرأ المولى العبد عن الالف
لم يعتق ولو ابرأ المكاتب عتق كذا ذكروها والظاهر انه لا موقع لها اذ الفرق بعد تحقق الابراء في المولى
يكون الابراء لا يتصور في هذه المسئلة لانه لا دين على العبد بخلاف الكتابة السادسة لو باع المولى
العبد ثم اشتراه او رد عليه بخيار عيب ففي وجوب قبول ما ياتي به عند ابي يوسف نعم وعند محمد لا ولكن
لو قبضه عتق بخلاف الكتابة فانه لا خلاف في انه يجب ان يقبله ويعد قابضا ووجه قول محمد ان وجوب
القبول وانزاله قابضا كان من حكم الكتابة وقد بطلت بالبيع فلا يجب القبول غير انه لو قبله عتق بحكم
التعليق وهو لا يبطل بالخروج عن الملك لما عرف في الايمان بالطلاق وقول ابي يوسف عندي اوجه لان الكتابة
لا تبطل بالبيع بل القايمة عنده وانت علمت ان انزاله مكاتبا انما هو في الانتهاء وهو ما عند ادائه
فلا ينزل مكاتبا قبله بل الثابت ليس الا احكام التعليق والبيع كان قبله ولا كتابة حينئذ معتبرة شرعا
لتبطل وقد فرض بقاء هذه اليمين واعتبار صحتها بعد البيع فيجب ثبوت احكامها ومنها وجوب القبول
اذا اتى بالمال السابعة انه يقتصر على المجلس فلا يعتق ما لم يؤد في ذلك المجلس فلو اختلف بان اعرض
او اخذ في عمل اخر فادى لا يعتق بخلاف المكاتبة هذا اذا كان المذكور من ادوات الشرط لفظة ان
فان كان لفظة متى او اذا فلا يقتصر على المجلس الثامنة انه يجوز للمولى بيع العبد بعد قوله ذلك
قبل ان يؤدي بخلاف المكاتب التاسعة ان للسيد ان ياخذ ما يظفر به مما اكتسبه قبل ان ياتيه بما يؤديه
بخلاف الكاتب العاشرة انه اذا ادى وعتق وفضل عنده مال مما اكتسبه للسيد فياخذه بخلاف
الكاتبة الحادية عشر لو اكتسب العبد مالا قبل تعليق السيد فاداه بعده اليه عتق وان كان السيد
يرجع بمثله على ما سيذكر بخلاف الكتابة لا يعتق باداءه لانه ملك المولى الا ان يكون كاتبه على نفسه
وماله فانه حينئذ يصير احق به من سيده فاذا ادى منه عتق **قوله** ولو ادى البعض يجبر على القبول
الا انه لا يعتق لان شرط العتق اداء الكل ولم يوجد كما لو حط عنه البعض وادى الباقي فانه لا يعتق كما
ذكرنا في المسائل لعدم الشرط وانما يجبر على قبوله لانه بعض ما يجب عليه كما يجب قبول الكل لان به
تحقق شرط العتق الذي هو حق العبد وليس اداء البعض كذلك الا اذا كان في ضمن الكل فانه يجب قبوله
باعتبار انه تحقق للكل لا باعتبار انه بعضه كذا كان في هذه المسئلة خلاف وما ذكره المصنف هو المذكور
في الايضاح وذكر شيخ الاسلام رحمه الله تعالى انه لا يجب قبوله كما ذكرنا وذكر في شرح الطحاوي ان عدم
وجوب قبوله قول ابي يوسف وانه القياس والاستحسان هو ان يجبر على القبول كالمكاتب والاوجه
هو وجه الاستحسان ان وجوب قبول البعض لدفع الضرر عن العبد لانه قد يعجز عن اداء الكل دفعة
وما تحمل مشقة الاكتساب الا لذلك الغرض فلو وقفناه على تحصيل الكل ذهب تحمله كد سعيه خاليا
عن غرضه ومما تقدم يعلم ان السيد لو خطفه منه قبل ان ياتيه بمجار ولا يحتسب له به من اداء الشروط
قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق يعتق ويرجع المولى عليه بمثلها اما العتق فلوجود الشرط
وهو اداء الالف فيعتق لو كانت الفا مغصوبة الا انه لا يجب عليه قبول المغصوبة واما رجوع المولى

بمثلها فلاستحقاقه اياها وهو المراد بقول المصنف لاستحقاقها اضافة للمصدر الى المفعول وهو تعليل
للرجوع وهذا لانها ملكه والعبد وان قلنا انه يملك ما اكتسبه عند الاداء ويصير عنده كالمكاتب لكن
ذلك فيما اكتسبه بعد التعليق وهذا يوجب النظر في الغرض وهو ان يعتقه باداء الف يحدث تحصيلها
له فيملك ما لم يكن مالكه وتلك الالف ليست كذلك فيرجع بمثلها دفعا للضرر عن المولى **قوله** ثم الاداء في
قوله ان اديت يقتصر على المجلس فلو اختلف المجلس بان قام العبد او اعرض او اخذ في عمل اخر ثم ادى
لا يعتق وهذا لانه تخيير محض اذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت لان ان للشرط فقط بخلاف اذا ومتى
لدلالتهما عليه لا يتوقف ففي اي وقت ادى عتق وعن ابي يوسف انه بمنزلة متى واذا وقد يوجه بان ان لما
لم تدل على الوقت صار المعلق به الاداء في مطلق الوقت فيتخير فيه كالامر المطلق عن الوقت يتخير في اي
وقت شاء ويجاب بانه لما لم يدل على الوقت فانما يثبت مقتضى للفعل ووقت مجلس الايجاب حاضر متيقن
فيتقيد به ولا يخفى ان معنى كونه ضرورة للفعل ان تحقيق الفعل بدونه لا يمكن فلا يثبت مدلولا اصلا
فانما يثبت للفعل وقت وجوده اي وقت وجد لا يقال بالاداء يختلف المجلس فلا يتصور العتق بالاداء
لانا نقول يجب ان يستثنى مقدار الحنث كما يستثنى مقدار البر في حلفه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه
حتى لم يحنث بقدر شغله بنزعه فلا يتبدل المجلس بالاداء **فرع** قال ان اديتما الي الفا فانتما حران
فادى احدهما حصته لم يعتق لان شرط العتق اداؤهما جميع المال وجملة الشرط تقابل جملة المشروط من غير
انقسام الاجزاء على الاجزاء وانما الانقسام في المعاوضات وكذا لو ادى احدهما جميع الالف من عنده
لم يعتق لان الشرط اداؤهما فلا يتم باحدهما فان قال المؤدي خمسمائة من عندي بعث بها صاحبي لا ؤديها
اليك عتقا لان اداء الرسول كاداء المرسل فتم الشرط وهو اداؤهما ولو ادى عنهما اجنبي لا يعتقان
لانه ليس اداؤهما ولا ينتقل اليهما بخلاف الكتابة وللمؤدي ان يرجع على المولى لانه ادى ليعتقا ولم يحصل
مقصوده فان قال اؤديها اليك على انهما حران او على ان تعتقهما فقبل على ذلك عتقا ويرجع المؤدي بالمال
على السيد اما العتق فلان قبول المولى على هذا الشرط بمنزلة الاعتاق منه لهما واما حق الرجوع فلان عوض
العتق لا يجب على الاجنبي ولو قال لهما امراني ان اؤديها اليك فقبلها عتقا لانه رسول عنهما **قوله** ومن قال
انت حر بعد موتي على الف فالقبول بعد الموت لاضافته الايجاب الى ما بعد الموت فصار كما اذا قال
انت حر غدا بالف فان القبول محله الغد وهذا لان جواب الايجاب في عقد المعاوضة وهو القبول
انما يعتبر في مجلسه ومجلسه وقت وجوده والاضافة تؤخر وجوده الى وجود المضاف اليه وهو هنا
ما بعد الموت ولو امكنت اضافة في البيع بخروج وجب فيه ايضا كون قبول البيع يتاخر الى وقت وجود المضاف
فيكون محل القبول فلك بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لانه
ايجاب للتدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق في المدبر ولا يستوجب المولى على عبده دينا
صحيحا واذا عتق بعد الموت لا يلزمه شيء لانه لما لم يجب عليه عند القبول لم يجب عليه بعده وعلى هذا
لا فائدة في تعليقه بالقبول الا ليظهر اختيار التدبير من العبد كما لو قال ان اخترت التدبير فانت مدبر
وصار كما اذا علق تدبيره بدخوله الدار واورد ان قوله انت مدبر على الف هو معنى انت حر بعد موتي على
الف فينبغي ان يشترط في مسئلة الكتاب القبول في الحال **اجيب** بان مسئلة الكتاب تصرف يمين
من السيد حتى لا يمكن من الرجوع وفي الايمان يعتبر اللفظ وليس في قوله انت مدبر على الف اضافة لفظا ليكون يمينا

فلا يشترط القبول بعده وفي النهاية انما افترق وقت القبول فاعتبر في الحال في انت مدبر على الف لانه
قابل الالف في التدبير لحق الحرية وحق الحرية متحقق قبل الموت واعتبر بعد الموت في انت حر بعد موتي على
الف لانه قابلها بحقيقة الحرية وحقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر القبول بعد الموت ولا يخفى ان التدبير
ليس معناه الا الاعتاق المضاف الى ما بعد الموت وذلك هو الثابت في كل من قوله انت مدبر او انت حر
بعد موتي بلا فرق بل المعنى واحد دل عليه بلفظ مفرد ومركب كلفظ الحد والمحدود من نحو انسان وحيوان
ناطق ثم يثبت حق الحرية فرعا عن صحة تلك الاضافة التي هي التدبير لا ان حق الحرية هو معنى التدبير ابتدا
فلم يتحقق الفرق واعلم انه روي عن ابي حنيفة في نوادر بشر بن الوليد اذا قال انت مدبر على الف ليس القبول
الساعة وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت اداء الالف عتق فعلى هذا استوت
المسئلتان في ان القبول بعد الموت وروي عن ابي يوسف فيهما ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل
بعده وان قبل كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد وعن ابي يوسف في الاملاء اذا قال اذا مت فانت
حر على الف درهم فالقبول على حالة الحيوة لا الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال
لانه لا يلزمه وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق فسوى بين المسئلتين في
ان القبول حالة الحيوة الا انه اختلف كلامه فيهما في لزوم المال وذكر السرخسي عن ابن سماعة عن محمد لو قال
انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال ومعلوم انه ذكر في الجامع مسئلة انت حر بعد
موتي على الف ان القبول بعد الموت فقد سوى بينهما في هذه الرواية في ان القبول بعد الموت كما سوى ابو حنيفة
فيما ذكرنا عنه كذلك وحينئذ فما قيل انهم اجمعوا انه لو قال انت حر على الف بعد موتي فالقبول بعد الوفاة
لا يصح اذ يجب ان يجعل قول ابي يوسف في قوله اذا مت فانت حر على الف ان القبول في حالة الحيوة رواية في انت
حر بعد موتي على الف ان القبول في الحيوة بل اولى لان هناك الايجاب معلق صريحا بالموت ومع ذلك جعل القبول
في الحال وهنا هو مضاف ثم لا يخفى ان الاعدل هو لزوم المال على ما ذكرناه عن ابي يوسف ومحمد لان الظاهر
من تعليقه بخصوص هذا الشرط ليس الا حصول المال عوضا عن العتق والا لقال ان اخترت التدبير فانت
مدبر وهذا لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وتعليقه بقبول المال ظاهر في ذلك ولا مانع شرعي منه اذ المولى
يستحق على عبده المال اذا كان بسبب العتق كما في المكاتب فان لم يستحق عليه بسبب غيره على ان المروي عن ابي يوسف
ومحمد في المسئلة انما هو استحقاق المال بعد موت السيد وحينئذ يكون حرا فالحاصل تاخر وجوب المال الى زمن
حريته فلا يلزم ما ذكر من ثبوت الدين للسيد على عبده والله الموفق واما وقوع العتق عند القبول فنقل المصنف
عن المشايخ لا يعتق ما لم تعتقه الورثة وزاد غيره او الوصي او القاضي ان امتنعوا الا ان الوارث يملك عتقه
تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا فلو قال ان دخلت الدار فانت حر فدخل لا يعتق واذا اعتقه
الوارث قولا وطلبت لان عتقه يقع له ولذا لو اعتقه الوارث عن كفارة عليه لا يعتق وعلله بان الميت
ليس اهلا للاعتاق قال وهذا صحيح وكذا الولاء لغيره واعترض بان الاهلية ليست بشرط الا عند الاضافة
والتعليق ولذا لو جن بعد التعليق ثم وجد الشرط وقع الطلاق المعلق والعتاق وكذا يعتق المدبر
بعد الموت وليس للسيد اهلية لا تعليق العتق بالموت واجيب بالفرق بين هذه المسئلة وتلك المسائل
بان هناك الموجود بطلان اهلية المعلق فقط وهنا الثابت هذا وزيادة في المحل وهو خروجه عن
ملك المعلق الى ملك الورثة فلم يوجد الشرط الا وهو في ملك غيره ولا يخفى ان هذا ليس دفعا للسؤال

وسؤالنا على انه من فوات اهلية المعلق لا اثر له وما ذكر من خروج المحل عن محلية عتقه ان اراد المجيب انه
جزء المانع فليس بصحيح للعلم بان انتفاء اهلية المعلق ليس له اثر في عدم الوقوع عند الشرط فصار الحاصل
انه يراد انه علل بما لا اثر له فاجاب المجيب بابداء علة اخرى او مانع وقال هذا جواب هذا السؤال
والصواب في الجواب ان المصنف حيث علل بان الميت ليس اهلا للاعتاق لم يبين ان عدم اهليته لذلك
بسبب الموت او غيره ومبنى السؤال على فهم انه الموت ويمكن كون مراده انه ليس اهلا لاعتاقه لخروجه
عن ملكه الى ملك الورثة فصار اجنبيا عنه وانما لزم خروجه الى ملكهم لانه لا يعتق بمجرد الموت كالمدبر بل بعد
القبول الكائن بعد الموت واذا تاخر العتق عن الموت ولو بساعة لا يعتق الا بعتق الورثة وصار كما لو قال
انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا بعتقهم وبهذا يندفع ما اورده شارح فقال ينبغي ان يعتق حكما لكلام صدر
من الاهل في المحل وان كان الميت ليس اهلا للاعتاق ولما قلنا ان الكلام صدر في حال اهليته ثم استدل على
ذلك بان القبول بعد الموت معتبر وهو فرع كون الايجاب معتبرا بعد الموت فلو لم يعتق بعد الموت الا باعتاق
واحد من الورثة لم يبق معتبرا بعد الموت فلا تبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت ولا يخفى ان بعد
كون الكلام حين صدوره معتبرا يشترط ان يكون في ملكه بعد نزول العتق ثم نفي الفائدة ممنوع فان بالقبول
يثبت لزوم العتق على الوارث فان لم يفعل اعتقه القاضي ولم يكن لولا القبول ذلك بل يباع ويورث فكيف
يقال لا فائدة له نعم يقال اذا كان العتق لا بد منه في السبب الى نقله الى ملكهم ثم امرهم بالاعتاق ان كان بسبب
انه لا سائبة فلو بقي في ساعة القبول لا الى ملكهم لزم السائبة فلم لم يبق على ملك الميت وجعل مثل ما هو من
حوائجه وهو نفاذ ايجابه وصحته ولهذا كان قبوله معتبرا فلا مانع من ان يبقى على حكم ملك الميت مقدار
مجلس العلم بموته لان القبول لا يعتبر بعده بل يتقيد به وما تقدم من نوادر بشر من قول ابي حنيفة
فاذا مات المولى وقال قبلت اداء الالف عتق ظاهر في عدم تاخر عتقه الى عتق الوارث كما استدل به
ذلك الشارح ايضا مع ان في المسئلة خلافا كما يفيده قول الصدر الشهيد حيث قال ومن المتاخرين
من قال ينبغي ان لا يعتق ما لم تعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا يتصور ثم قال وهذا اصح فانه يفيد
ثبوت الخلاف ثم نقول العتق ما وقع الا من الحي لان العتق بقوله انت حر المعلق او المضاف الصادر منه حال
حيوته وان كان نزول اثره بعد موته الا انه يبقى عليه اشكال هو لزوم ان يبقى على ملك الميت شهرا فيما
اذا قال انت حر بعد موتي بشهر اعتبارا للحاجة الى نفاذ ايجابه واعتباره وطول المدة وقصرها لا
اثر له فان الموجب حاجته الى ما ذكر وهي متحققة فيهما وسياتي لبعضهم فرق في الباب بعده **قوله** ومن اعتق
عبده على خدمته اربع سنين مثلا او اقل او اكثر فقبل العبد فعتق ثم مات المولى من ساعته فعليه اي على
العبد قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى في قوله الاخير وهو قول ابي يوسف وفي قوله الاول وهو
قول محمد عليه قيمة خدمة اربع سنين اما العتق فلانه جعل الخدمة وهي معلومة اذ هي خدمة البيت
المعتادة في مدة معلومة عوضا فتعلق العتق بقبولها كما في غيره من المعاوضات لانه صلح عوضا لان المنفعة
اخذت حكم المال بالعقد ولهذا صحت مهرا مع انه تعالى امر بابتغاء النكاح بالمال ثم اذا مات العبد
او المولى قبل حصول ما عقد عليه تحقق الخلاف المذكور وهو بناء على الخلاف في مسئلة اخرى وهي
ما اذا باع نفس العبد منه بجارية بعينها ثم استحقت او هلكت قبل تسليمها يرجع عليه بقيمة نفسه عندهما
وعند محمد بقيمة الجارية وكذا لو ردت بعيب فاحش فهو على هذا الخلاف وان كان غير فاحش فكذلك

عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها بالعيب اليسير ووجه البناء ظاهر وان ذكره في الكتاب ولا
يخفى ان بناء هذه على تلك ليس باولى من عكسه بل الخلاف فيهما معًا ابتداى ولم ينقل احد انه يرجع
الورثة في موت المولى بعين الخدمة قيل لان الناس يتفاوتون في الاستخدام وقيل الخدمة
هي المعتادة من خدمة البيت لكن لان الخدمة منفعة وهي لا تورث وجه قول محمد وهو قول
الشافعي وزفر ان الجارية او الخدمة جعلت بدل ما ليس بمال وهو العتق وقد حصل العجز عن
تسليم البدل ولا يمكن الفسخ اذ العتق لا يفسخ فيجب قيمته او مثله لو كان مثليا وصار كما اذا تزوج
على جارية او خالع عليها او صالح عن دم عمد ثم استحقت او هلكت حيث يرجع بقيمة البدل اتفاقًا
وجه قولهما انها بدل ما هو مال وهو العبد وان كان لا يملك نفسه كما اذا اشترى عبدًا او حرًّا
لا يملكه وهو معاوضة مال بمال لان العبد مال بالنسبة الى السيد فهو معاوضة مال بمال
بالنسبة الى السيد حيث اخذ ما لا في مقابلة اخراجه ما لا عن ملكه نعم هنا ملاحظة اخرى وهي
اعتبار ما اخذ في مقابلة ما به خرج المال عن ملكه وهو لفظه بالاعتاق وهذا الاعتبار لا ينفي
الامر الثابت في نفس الامر وهو خروج مال عن ملكه بذلك العوض فصار كما اذا باع عبدًا بجارية
ثم استحقت انما يرجع بقيمة العبد بخلاف ما قيس لانه مبادلة مال بما ليس بمال ولهذا لو شهدوا
باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا لا يضمنون الدية وقيمة البضع ولو شهدوا
بالاعتاق ورجعوا ضمنوا ولو خدمه سنة مثلا ثم مات اخذ بما اخذ بقيمة خدمة ثلاث سنين
عند محمد وهما بقيمة ثلاثة ارباع رقبته وعلى هذه النسبة قس وعلى هذا لو اعتق ذمي عبده
على خمر او خنزير يعتق بالقبول فان اسلم احدهما قبل قبضه فعندهما على العبد قيمة نفسه وعند
محمد قيمة الخمر هذا في المعاوضة اما لو كان قال ان خدمتني اربع سنين او سنة مثلا فخدمه
بعضها ثم مات احدهما لا عتق لعدم الشرط ويباع ان كان الميت المولى وكذا لو اعطاه مالا عوضًا
عن خدمته وابراه المولى منها او بعضها على ما تقدم وكذا لو قال ان خدمتني واولادي فمات بعضهم
قبل استيفاء المدة يتعذر العتق **قوله** ومن قال لآخر اعتق جاريتك على الف درهم على ان تزوجنيها
وفي بعض النسخ زيادة لفظ على قبل على ان تزوجنيها وليست في عامة النسخ وهي ادل منه على ايجاب المال
على المتكلم وان كان يدل على ذلك مع تركها ايضا فاذا اعتق فاما ان تتزوجه او لا ولا يلزمها تزوجه لانها
ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شيء اصلا لان حاصل كلامه امره المخاطب باعتاقه
امته وتزوجها منه على عوض الف مشروطة عليه عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة
المهر منها واما حصة العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي
فيه كالمراة لم يحصل لها ملك ما لم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يثبت للعبد فيه قوة حكمية هي ملك
البيع والشراء والاجارة والتزويج والتزوج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض
الا على من حصل له المعوض وان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما اصاب قيمتها عنه وما
اصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كان قيمتها مائة ومهرها مائة او كان قيمتها الفا ومهرها
الفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا كان كان قيمتها مائتين والفين ومهرها
مائة او الفا سقط ستمائة وستة وستون وثلثان وجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلثون وثلث وقوله

وقد قررناها من قبل يعني ما ذكر في خلع الاب ابنته الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع
على الاجنبي لكنه لم يذكر ان اشتراط بدل العتق على الاجنبي غير صحيح **قوله** ولو قال اعتق امتك عني
على الف درهم على ان تزوجنيها وهو معنى قوله والمسألة بحالها ففعل اي عتق قسمت الالف على قيمتها
ومهر مثلها على ما بيناه فما اصاب قيمتها اداه للمامور وما اصاب المهر سقط عنه يعني ان لم تكن
زوجت نفسها منه الشرا اقتضاء على ما عرف في الاصول والفروع لكنه ضم الى رقبتها تزوجها
وقابل المجموع بعوض الف فانقسمت عليها بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف
حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما اصاب قيمة المدبر سقط وما اصاب قيمة العبد وجب
ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم
تكن مالا لكن اخذت حكم المال لانها متقومة حال الدخول وايراد العقد عليها فان قيل اذا لم يتحقق
فساد هذا البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي ان يفسد لانه
ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب اما عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر ولم يقبضها والمبيع
في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك واما وجوب كل القيمة فللمامور ان اعتبر
قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فينتفي به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع
الفاسد وجبت كلها **اجيب** بانه بيع صحيح والنكاح وقع مدرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من
حيث هو مستقلا ولا يفسد به ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه
من المفسدات وقول المصنف لم يذكره يعني محمدا في الجامع الصغير وقوله في الوجه الاول يعني الذي
لم يذكر فيه لفظ عني والوجه الثاني هو ما ذكر فيه وقوله في الوجهين يعني ما ذكر فيه عني وما لم يذكر
اذا زوجت نفسها وقد بيناه والله سبحانه وتعالى اعلم

باب التدبير

لما فرغ من بيان العتق الواقع في حال الحيوة شرع في بيان العتق الواقع بعد الموت ووجه الترتيب
ظاهر وهذا احسن مما قيل انه مقيد والمقيد مركب وهو بعد المفرد لان مسائل باب الحلف بالعتق
كله كذلك فانها تقييد للعتق بشرط غير الموت كما ان التدبير تقييده بشرط الموت ولم يؤخرها الى
ها هنا ثم التدبير لغة النظر في عواقب الامور وشرعا العتق بعد الموت في المملوك معلقا بالموت
مطلقا لفظا او معنى وشرطه الملك فلا يصح تدبير المكاتب لانتفاء حقيقة الملك عنه فانه مالك
يدا ولا معنى في التحقيق لقوله مالك يدا بل الواجب ان يقال ملكه متزلزل اذ لا شك انه مالك شرعا
لكنه بعوض ان يزول بتعجيزه نفسه وغاية الامر ان بعض آثار الملك منتف وهو لا يوجب نفي
حقيقة الملك كملك الامة المجوسية والوثنية والبلوغ والعقل فلا يصح تدبير الصبي كالمجنون اولي
وفي المبسوط فاما السكران والمكره فتدبيرهما جائز عندنا كاعتاقهما ولو قال العبد او المكاتب
اذا اعتقت فكل مملوك املكه حر فعتق فملك مملوكا عتق لانه مخاطب له قول معتبر وقد اضاف العتق
الى ما بعد حقيقة الملك له فيصح ويكون عند وجود الملك كالمنجز له بخلاف ما لو قال كل مملوك
املكه الى خمسين سنة فهو حر فعتق قبل ذلك فملك لا يعتق عند ابي حنيفة وقالا يعتق وما ذكر ابن
اشتراط البلوغ والعقل هو في تدبير المالك اما الوكيل فلا في المبسوط لو قال لصبي ومجنون دبر

عبدي ان شيت فدبره جاز وهذا على المجلس لتصريحه بالمشية ونظيره في العتق والطلاق واذا لحق
الكلام الى الوكالة فهذا فرع منه قال لرجلين دبرا عبدي فدبره احدهما جاز ولو جعل امره في التدبير اليهما
بان قال جعلت امره اليكما في تدبيره فدبره احدهما لا يجوز لانه ملكهما هذا التصرف فلا ينفرد به احدهما
بخلاف الاول لانه جعلهما معبرين عنه وعبارة الواحد وعبارة المثنى سوا الا ترى انه له ان ينهاها قبل ان
يدبراه في هذا الفصل وليس له ذلك في جعل الامر اليهما كذا في المبسوط **قوله** واذا قال الرجل لمملوكه اذا
متُّ فانت حر او انت حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك صار مدبرا لان هذه الالفاظ صريح في التدبير
فانه اي التدبير اثبات العتق عن دبر وهذه تفيد ذلك بالوضع فافادت كلما افاد اثباته عن دبر كذلك
فهو صريح وهو ثلثة اقسام الاول ما يكون بلفظ اضافة كبعض ما ذكرنا ومنه حررتك او اعتقتك او انت
حر او محرر او عتيق او معتق بعد موتي والثاني ما يكون بلفظ التعليق كان متا واذا او متى مت او حدث بي
حدث او حادث فانت حر ونعورف الحدث والحادث في الموت وكذا انت حر مع موتي فانه تعليق العتق
بالموت بناء على ان مع في تستعار في حرف الشرط وروى هشام عن محمد اذا قال انت مدبر بعد موتي
يصير مدبرا في الحال لان المدبر اسم لمن يعتق عن دبر موته فكان هذا وانت حر بعد موتي سوا وكذا اعتقتك
وحررتك بعد موتي والثالث ما يكون بلفظ الوصية كاوصيت لك برقبتك او بنفسك او بعتقك وكذا
اذا قال اوصيت لك بثلث مالي فيدخل رقبته لانها من ماله فيعتق ثلث رقبته وفي الكافي انت حر او مدبر
او عتيق يوم اموت يصير مدبرا والمراد باليوم الوقت لانه قرن به ما لا يمتد ولو نوى النهار فقط
لا يكون مدبرا مطلقا لجواز ان يموت ليلا يعني فيجوز بيعه فان لم يبعه حتى مات عتق كالمدبر وانما كانت
صرائح لانها استعملت في الشرع كذلك قال عليه السلام في ام الولد فهي معتقة عن دبر منه ذكره في المبسوط
ثم تورث بلا شبهة في هذا المعنى ولو قال انت حر بعد موتي وموت فلان فليس بمدبر مطلق لانه لم
يتعلق عتقه بموته مطلقا فان مات المولى قبل فلان لم يعتق لان الشرط لم يتم فصار ميراثا للورثة
فكان لهم ان يبيعوه وان مات فلان اولا يصير مدبرا مطلقا فليس له ان يبيعه خلافا لزفر لانه كالوقال
اذا كلمت فلانا فانت حر بعد موتي فكلمه او قال انت حر بعد كلامك فلانا صار مدبرا ولو قال بعد
موتي ان شئت ينوي فيه فان نوى المشية الساعة فشاء العبد ساعته فهو حر بعد موته من الثلث
لوجود شرط التدبير فيصير مدبرا وان نوى المشية بعد الموت فاذا مات المولى فشاء العبد عند
موته فهو حر لوجود الشرط لا باعتبار التدبير وكان الشيخ ابو بكر الرازي يقول الصحيح انه لا يعتق هنا الا
باعتاق من الورثة او الوصي لمثل ما تقدم في الباب المتقدم من انه لما لم يعتق بنفس الموت صار ميراثا
فلا يعتق بعده الا باعتاق منهم ويكون هذا وصية تحتاج الى تنفيذها كالو قال اعتقوه بعد موتي
ان شاء وهو نظير ما لو قال انت حر بعد موتي بشهر فانه لا يعتق الا باعتاق منهم بعد الشهر نص عليه ابن سماعة
في نوادره وكذا بيوم وفي الاسبيجابي اذا لم يعتق الا باعتاق الوارث او الوصي فللورثة ان يعتقه
تنجيزا وتعليقا والوصي لا يملكه الا تنجيزا ولو اعتقه عن كفارته عتق عن الميت دون الكفارة
والذي ينبغي ان يفصل في التعليق فان علقه بشرط من جهة نفسه ثم لم يفعله او مضى زمان طويل وعلى
فعل العبد وهو مما يتعذر عليه او يتعسر لا يلزم العبد توقفه عليه بل ان شاء رفع الى القاضي لينجز عتقه
ثم في ظاهر الجواب يعتبر وجود المشية من العبد في مجلس موته او علمه بموته كما يتعقبه بهذا مشيئته في جميع

بمجلس التفويض اليه اذا كان بهذا اللفظ وعن ابي يوسف لا يتوقف به لانه في معنى الوصية فلا يشترط في
الوصية القبول في المجلس وفي الاصل لو قال بعد موتي بيوم لم يكن مدبرا وله ان يبيعه لانه علقه بمطلق
الموت بل بمضي يوم بعده فان مات لم يعتق في الوقت الذي سمي حتى يعتقه الورثة وهذا يؤيد ما ذكر
ابو بكر الرازي ومن المشايخ من فرق بين هذه وبين الاولى فقال اذا اخر العتق عن موته بزمان ممتد بيوم
او شهر وتقرر ملك الوارث في ذلك الزمان عرفنا ان مراده الامر باعتاقه فلا يعتق ما لم يعتقوه واما
في مسئلة المشية تتصل بمشية العبد بموت المولى قبل تقرر الملك للوارث فيعتق باعتاق المولى ولا
تدعو حاجة الى اعتاق الوارث وهذا انما اشكل على ما تقدم في مسئلة انت حر بعد موتي بالف فان
زمن القبول كزمن المشية فانه يجب ان يوصل بموت المولى وبعلمه بموته لا يقال ينبغي ان يجعل العبد في
هذه المسئلة وتلك باقيا على حكم ملك الميت لحاجته الى نفاذ ايجابه وثبوت اعتباره شرعا وما قدمناه
من ان القبول غير معلوم يدفع بانه وان كان كذلك لكنه متوقع وعلى تقدير وجوده يلزم اخراجه عن ملكهم
بعد الدخول والاستصحاب الملك الاول اسهل من رفعه ثم ادخاله في ملك شخص ثم اخراجه عنه فوجب
ان يبقى لحاجته ثم لا شك ان هذه المسئلة اقرب لان العتق هنا يقع مجانا فوجب عتقه من جهة المولى لانا
نقول لو صح ذلك لزم في انت حر بعد موتي بيوم عدم توقفه بل اولى لان مجي اليوم بعده معلوم غير
مشكوك وهي من مواضع النص على انه لا يعتق الا باعتاقهم **قوله** ثم لا يجوز بيعه المدبر المطلق وهو
الذي علق عتقه بمطلق موت المولى ولا هبته ولا اخراجه عن ملك الا الى الحرية بلا بدل او بكتابة
او عتق على مال وما سواه من التصرفات التي لا تبطل حقه في الحرية يجوز استخدامه واجارته واخذ اجرته
وتزويج المدبرة ووطؤها واخذ مهرها وارش جنايتها وعلله المصنف فيما ياتي بقوله لان الملك فيه
ثابت وبه تستفاد ولاية هذه التصرفات وانما لم يكن له ان يرهنه لفوات شرط عقد الرهن وهو ثبوت
يد الاستيفاء من مالية المرهون بطريق البيع ولا مالية للمدبر كام الولد وليس على المولى في جنايات المدبر
الا قيمة واحدة لانه ما منع الا رقبة واحدة واما ما استهلكه فدين في رقبته يسعى فيه وعرف من
هذا ان ليس للمولى دفعه في الجناية الموجبة للارش وفي الجناية على المدبر ما في الجناية على المماليك لانه
مملوك بعد التدبير واستشكل على عدم جواز بيع المعلق عتقه بمطلق موت المولى ما اذا قال كل مملوك
املكه فهو حر بعد موتي وله مماليك واشترى مماليك ثم مات فانهم يعتقون فكان عتقهم متعلقا
بمطلق موت السيد ثم انه لو باع الذين اشتراهم صح ولم يدخلوا تحت الوصية بالعتق الا عند الموت
اجيب بان الوصية بالنسبة الى المعدوم تعتبر يوم الموت وبالنسبة الى الموجود عند الايجاب حتى لو اوصى
لولد فلان وله ثلاثة اولاد فمات واحد منهم بطل ثلث الوصية لانها تناولتهم بعينهم فبطل بموت احدهم
حصته ولو لم يكن له ولد فولد له ثلاثة ثم مات احدهم ثم مات الموصي كان الكل للاثنين لان الثالث لم
يدخل في الوصية لكونهم معدومين عند الايجاب فيتناول من يكون موجودا عند الموت **قوله** وقال
الشافعي يجوز بيعه وهبته للمنقول والمعنى اما المنقول فما في الصحيحين من حديث جابر ان رجلا اعتق
غلاما له عن دبر لم يكن له مال غيره فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمان مائة درهم ثم ارسل بثمنه
اليه وفي لفظ اعتق رجل من الانصار غلاما عن دبر وكان محتاجا وكان عليه دين فباعه رسول الله صلى
الله عليه وسلم بثمان مائة درهم فاعطاه فقال اقض دينك وانفق على عيالك ولحديث جابر هذا

الفاظ كثيرة وروى ابو حنيفة بسنده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع المدبر وفي موطا مالك
بسنده الى عايشة انها مرضت فتطاول مرضها فذهب بنو اخيها الى رجل فذكروا له مرضها فقال انكم
تخبرون عن امراة مطبوبة قال فذهبوا ينظرون فاذا جارية لها سحرتها وكانت قد دبرتها فدعتها
ثم سالتها ماذا اردت قالت اردت ان تموتي حتى اعتق قالت فان لله علي ان تباعي من اشد العرب ملكة فباعتها
وامرت بثمنها فجعل في مثلها ورواه الحاكم وقال على شرط الشيخين والجواب انه لا شك ان الحر كان يباع
في ابتداء الاسلام على ما روي انه صلى الله عليه وسلم باع رجلا يقال له سرق في دينه ثم نسخ ذلك بقوله
وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره في الناسخ والمنسوخ فلم يكن فيه دلالة على جواز بيعه الان بعد النسخ
وانما يفيد استصحاب ما كان ثابتا من جواز بيعه قبل التدبير اذ لم يوجب التدبير زوال الرق عنه ثم
راينا انه صح عن ابن عمر رضي الله عنهما لا يباع المدبر ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وقد رفعه الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم لكن ضعف الدارقطني رفعه وصحح وقفه واخرج الدارقطني ايضا عن علي بن ظبيان
بسنده عن ابن عمر قال المدبر من الثلث وضعف ابن ظبيان والحاصل ان وقفه صحيح وضعف رفعه فعلى
تقدير الرفع لا اشكال وعلى تقدير الوقف فقول الصحابي حينئذ لا يعارضه النص البتة لانه واقعة
حال لا عموم لها وانما يعارضه لو قال عليه السلام يباع المدبر فان قلنا بوجوب تقليده فظاهر وعلى عدم
تقليده يجب ان يحمل على السماع لان منع بيعه على خلاف القياس لما ذكرنا ان بيعه مستصحب برقه فمنعه مع
عدم زوال الرق وعدم الاختلاط بجزء المولى كما في ام الولد خلاف القياس فيحمل على السماع فبطل ما قيل
حديث ابن عمر لا يصلح لمعارضة حديث جابر وايضا ثبت عن ابي جعفر رحمه الله انه ذكر عنده ان عطاء وطاوسا
يقولان عن جابر في الذي اعتقه مولاه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عتقه عن دبر فامره
ان يبيعه فيقضي دينه الحديث فقال ابو جعفر شهدت من جابر انما اذن في بيع خدمته رواه الدارقطني
عن عبد الغفار بن قاسم الكوفي عن ابي جعفر وقال ابو جعفر هذا وان كان من الثقات الاثبات ولكن حديثه
هذا مرسل وقال ابن القطان هو مرسل صحيح لانه من رواية عبد الملك بن ابي سليمان العرزمي وهو ثقة
عن ابي جعفر انتهى فلو تم تضعيف عبد الغفار لم يضر لكن الحق عدمه وان كان متشيعا فقد صرح ابو جعفر
وهو محمد الباقر الامام بن علي بن زين العابدين بانه شهد حديث جابر وانه انما اذن في بيع منافعه ولا يمكن
لثقة امام ذلك الا لعلمه بذلك من جابر راوي الحديث قال ابن العز قول من قال يحمل الحديث على المدبر
المقيد او ان المراد انه باع خدمة العبد من باب دفع الصايل لانه لما اعتقد ان التدبير عقد لازم يسعى
في تاويل ما يخالف اعتقاده من السنة على خلاف تاويله والنص مطلق فيجب العمل به الا لمعارضة نص
لم يمنع من العمل باطلاقه وانت اذ علمت ان الحر كان يباع للدين ثم نسخ وان قوله في الحديث باع مدبرا ليس الا
حكاية الراوي فعلا جزئيا لا عموم لها وان قوله اعتق عن دبر اعم من المطلق والمقيد اذ يصدق على
المدبر مقيدا انه اعتق عن دبر منه وان ما عن ابن عمر موقوف صحيح وحديث ابي جعفر مرسل تابعي ثقة
وقد قمنا الدلالة على وجوب العمل بالمرسل وتقديمه على المسند بعد انه قول جمهور السلف علمت قطعا
ان المرسل حجة موجبة بل سالمة عن المعارض وكذا قول ابن عمر لم يصح رفعه يعضده ولا يعارضه المروي عن
عايشة رضي الله تعالى عنها لجواز كون تدبيرها كان مقيدا ايضا واقعة حال لا عموم لها فلم يبق ولحديث جابر
وعايشة رضي الله تعالى عنها محل النزاع البتة فكيف وقد وجب حمله على السماع بما ذكرنا وظهر للمتامل

او غلطه واما المعنى الذي ابطل به الشافعي منع بيعه مما ذكر في الكتاب من قوله تعليق العتق بالشرط وبه لا
يمتنع البيع كما في ساير التعليقات بساير الشروط غير الموت وكذا ان اعتبر جهة كونه وصية فان الرجوع عن
الوصية وبيع الموصى به جايز فظهر انه على اعتبار شبهي التعليق والوصية لا يمنع بيعه وقد قدم المصنف
من قريب قوله وعلى هذا اي اعمال الشبهين يدور الفقه وجوابه ما ذكر المصنف بقوله ولانه سبب الحرية
لانها تثبت بعد الموت ولا ثبوت الا بسبب ولا سبب غيره اي غير قوله انت حر المعلق في اذا مت او المضاف
في بعد موتي فاما ان يجعل سببا في الحال او بعد الموت وجعله سببا في الحال اولى لانه حال وجوده بخلافه
بعد الموت فانه معدوم وانما له ثبوت حكمي فاضافة السببية اليه حال وجوده اولى فهذا وجه اولوية
سببيته في الحال ووجه اخر يوجب عدم امكان غيره وهو قوله ولان ما بعد الموت الى اخره يعني لا بد لثبوت
الملك وزواله من ثبوت الاهلية لهما والموت يبطلها بخلاف الجنون لان المجنون اهل لثبوت ملكه كما اذا مات
مورثه او وهب له وقبل وليه وزواله كما لو اتلف شيا فانه يوخذ ضمانه من ماله فيزول ملكه عنه ولو
ارتد ابوه ولحقا بدار الحرب بانت امراته فلذا لم يشترط الاهلية بالعقل عند وجود الشرط لنزول الحكم
لان ذلك شرط لابتداء التصرف لا لمجرد زوال الملك والجنون اهل لذلك بخلاف الموت فانه سالب لاهلية
الامرين فامتنع ان يجعل قوله المذكور حال جنونه سببا بعد موته فلزمت سببيته في الحال والا انتفت
لكنها لم تنتف شرعا ولان ساير التعليقات فيها مانع من كون المعلق سببا في الحال لانها ايمان واليمين في
مثله تعقد للمنع كما قد تعقد للحمل فالمنع من وقوع الطلاق والعتاق هو المقصود فيها لانها تعقد للبر
وانه يضاد وقوعهما ووقوعهما هو المقصود في التعليق الذي هو التدبير فلزم من كلامه ان التعليق
منه ليس بيمين وهو التدبير بلفظ التعليق ومنه ما هو يمين فلا يمكن سببية المعلق قبل الشرط لما ذكرنا
وامكن في التدبير اذ ليس فيه معنى اليمين فلزمت سببيته في الحال واذا انعقد سببية العتق في الحال
تحقق ثبوت حق العتق له وهو ملحق بحقيقته فلا يقبل الفسخ ولا شك انه يرد عليه النقض بما اذا قال اذا
جاء غد فانت حر فانه لما علق بامر كاين البتة لزم ان المراد ثبوت المعلق فيه لا منعه فلم يكن يمينا فانتفى
مانع السببية في الحال فينعقد فيه فيلزم ان لا يجوز بيعه قبل الغد وهو منتف وهذا الاشكال لا يندفع
عن هذا الوجه بمنع كونه كاينا لا محالة لجواز قيام القيامة قبل الغد لما يستقيم اذا كان التعليق بمجيء الغد
بعد وجود اشراط الساعة من خروج الدجال ونزول عيسى صلى الله عليه وسلم وغيرهما اما قبل ذلك فليس بصحيح
والجواب ان الكلام في الاغلب فيلحق الفرد النادر به فالاعتراف بالايراد على ان كون التعليق بمثل مجيء الغد والاخر
الشهر نادر غير صحيح واجيب ايضا بما هو حاصل الوجه الثاني وهو ان التعليق الذي هو التدبير وصية
والوصية خلافة في الحال كالوراثة ويرد عليه انه يجوز الرجوع عن الوصية وهذا وارد على عبارة الايضاح
وهو ان المراد بقوله والوصية خلافة اي الوصية المذكورة وهي الوصية له برقبته خلافة كالوراثة
حتى منعت من لحوق الرجوع عنها ويفرق بين قوله اذا مت فانت حر وانت حر بعد موتي وبين قوله اعتقوه بعد
موتي فان الاول استخلاف موجب لثبوت حق الحرية في الحال بخلاف اعتقوه واورد عليه ان هذا فرق بعين
محل النزاع لان حاصله ان الوصية بالعتق اذا كان تدبيرا كانت خلافة تستدعي لزوم الموصى به وعدم جواز
الرجوع عنه وان كانت غيره كاعتقوا هذا العبد لا يكون كذلك وجاز بيعه وهذا عين المتنازع فيه فان
للخصم يقول الوصية بالعتق بهذه الصيغة وبالصيغة الاخرى سوا والاخلص الا ان يبدي خصوصية في

العبارة تقتضي ذلك وليس هنا الا كون العبد مخاطب به او كون العتق علق صريحا بالموت او اضيف وكون ذلك
في الشرع يقتضي ما ذكرتم من اللزوم وعدم جواز الرجوع ممنوع فالحق ان الا كتفا بما قبل هذا الوجه مما ذكرناه
وبالسمع المتقدم بناء على عدم معارضة حديث جابر له لما قدمناه ثم المذكور بيان حكمة الشرع لذلك **قوله** واذا
مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله لما روينا اول الباب ولان التدبير وصية ونفاذها من الثلث حتى لو لم يكن
له مال غيره عتق ثلثه ويسعى في ثلثيه للورثة ولو كان على المولى دين في هذه الصورة يستغرق رقبته المدبر
يسعى في كل قيمته لان الدين مقدم على الورثة فكيف بالوصية ولا يمكن نقض العتق فيرد قيمته **قوله** وولد
المدبرة مدبر فيعتق بموت سيد امه والمراد وولد المدبرة المطلق اما ولد المدبرة تدبيرا مقيدا فلا يكون
مدبرا هذا هو الصحيح من النسخ وفي بعضها ولد المدبر مدبر وليس بصحيح لان الولد يتبع امه لا اباه فان زوجه
لو كانت حرة كان ولدها حرا او امة فولدها عبد سواء كان ابوه حرا او عبدا مدبرا ولا ثم المراد الولد
الذي كانت حاملا به وقت التدبير او الذي حملت بعد التدبير اما ولدها قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها
اما الذي كان حاملا فبالاجماع كما لو اعتقها وهي حامل واما الذي حملت به بعده ففي قول اكثر اهل العلم
وهو المروي عن عمر بن عبد العزيز والزهري والبصري وشريح ومسروق والثوري ومجاهد وقتادة وعطا
وطاووس والحسن بن صالح ومالك واحمد وللشافعي فيه قولان قال المصنف وعلى ذلك اجماع الصحابة رضوان
الله عليهم اجمعين يعني الاجماع سكوتي فانه روي عن عمر وابن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وجابر وابن مسعود
رضي الله عنهم ولم يرو عن غيرهم خلاف ولا يخفى ان سريان التدبير الى الولد على خلاف القياس بالاجماع فلا
يقبل فيه اشكال مما ذكر من طرف الشافعي رحمه الله ولو اختلف المولى والمدبرة في ولدها فقالت ولدته
قبل التدبير وقالت بعده فالقول للمولى لانها تدعي حق العتق لولدها ولو ادعته لنفسها كان القول له
مع يمينه فلولدها كذلك والبينة بينتها لاثباتها زيادة حق العتق واعلم انه اذا حلف المولى يحلف
على العلم لانه تحليف على فعل الغير وهو ما ادعت من ولادتها بعد التدبير ذكره في المبسوط في باب الشهادة
في التدبير واعلم انه اذا دبر الحمل وحده فانه جايز كعتقه وحده فان ولدته لاقل من ستة اشهر كان مدبرا
والا فلا ولو كانت بين اثنين فدبر احدهما حملها وولدته لاقل فالشريك بالخيار بين التدبير وتضمين المدبر
والاستسعاء له بعد ان يقدر على السعاية ولو دبر احدهما ما في بطنها بان قال ما في بطنك حر بعد موتي
وقال الاخر انت حرة بعد موتي فولدت لاقل من ستة اشهر بعد كلام الاول فالولد مدبر بينهما لانه كان
موجودا حين دبر الاول فدبر نصيبه بتدبيره ويدبر نصيبه الاخر بتدبيره امه ولو ولدته لاكثر
من ستة اشهر من الاول واقل منها من تدبير الام فالولد كله مدبر للذي دبر الام لان ثبوت التدبير
فيه بطريق التبعية للام باعتبار انه كالجزء وفي هذا لا ينفصل بعضه عن بعض فكان كله مدبرا للذي دبر
الام واما الام فنصفها مدبر للذي دبرها وللاخر الخيار بين ان يضمنه نصف قيمتها ان كان موسرا
والولد بلا ضمان لان الضمان انما يلزمه من حين دبر وعلوق الولد بعده في الحكم فلا يثبت فيه حق الشريك
الا يرى انها لو زادت في بدنها لم يكن للشريك الا تضمين نصف القيمة تحت التدبير فكذا في الزيادة المنفصلة
ولانها صارت في حكم المستسعاة حين ثبت له حق ان يستسعيها والمستسعاة كالمكاتبة تكون احق بولدها
واذا دبر ما في بطن امته لم يكن له ان يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها وذكر في كتاب الهبة من الاصل اذا
اعتق ما في بطن امته ثم وهبها جازت الهبة بخلاف ما لو باعها وقيل في المسئلة روايتان والاصح هو

الفرق بين التدبير والعتق بانه اذا دبر ما في البطن لو وهب الام لا يجوز ولو اعتقه جاز هبتها لان
بالتدبير لا يزول ملكه عما في البطن فاذا وهب الام فالموهوب متصل بما ليس بموهوب من ملك الواهب
فيكون في معنى هبة المشاع فيما يحتمل القسمة واما بعد عتقه فغير مملوك فلم يتصل الموهوب بملك
الواهب فهو كما لو وهب دارا فيها ابن الواهب وسلمها ولو دبر ما في بطنها فولدت ولدين احدهما لاقل
من ستة اشهر بيوم والاخر لاكثر بيوم فهما مدبران لانهما توامان وتيقنا بوجود احدهما حال التدبير
في البطن ولو دبر ما في كتابتها جاز وان وضعت بعده لاقل من ستة اشهر كان التدبير في الولد صحيحا
لكنه يدخل في الكتابة ايضا تبعا للام فاذا ادت عتقا جميعا وان مات المولى قبل ان يؤدي عتق الولد
بالتدبير وان ماتت الام قبل المولى فعلى الولدان يسعى فيما على الام لانه دخل في الكتابة فان مات المولى
فالولد بالخيار في اختياره الحرية بالتدبير او باداء الكتابة فيختار الانفع له فان كان يخرج من الثلث
عتق ولا شيء عليه لان مقصوده حصل ولو قال لامته ولدك الذي في بطنك ولد مدبرة او ولد
حرة ولا يريد به عتقا لم تعتق لان هذا تشبيه وليس بتحقيق فكانه قال انت مثل الحرة او المدبرة **قوله**
وان علق التدبير بموته على صفة مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او مرض كذا او قتلت
او غرقت فليس بمدبر ويجوز بيعه لان السببية لم تنعقد في الحال للتردد في تلك الصفة هل يقع او لا
بخلاف المدبر المطلق لانه تعلق عتقه بمطلق الموت وهو كاين لا محاله ثم ان مات المولى على الصفة التي
ذكرها عتق كما يعتق المدبر يعني من الثلث لانه ثبت حكم التدبير له في اخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق تلك
الصفة فيه فاذ ذاك يصير مدبرا مطلقا لا يجوز بيعه بل لا يمكن واما ما قبل اخر جزء من حيوته فلم يكن
مدبرا فجاز بيعه وان برا من ذلك المرض او رجع من ذلك السفر ثم مات لم يعتق لان الشرط الذي علق
به قد انعدم واستشكل بما اذا قال انت حر قبل موتي بشهر ومضى فانه بعد مضي الشهر يعتق بمطلق
موت المولى مع انه مدبر مقيد حتى جاز للمولى بيعه اجيب بانه انما كان كذلك لانه يعتق بالشهر قبل
موته كما سمي فيجب اعتباره بالعتق المضاف الى غد وانه لا يثبت حقا للعبد للحال فكذا هنا ولو قال اذا
مت او قتلت فانت حر على قول زفر هو مدبر لان علقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على اي وجه
كان وعلى قول ابي يوسف ليس مدبرا لانه علقه باحد الشيئين من الموت والقتل وان كان موتا
فالموت ليس بقتل وتعليقه باحد الامرين يمنع كونه عزيمة في احدهما خاصة فلا يصير مدبرا حتى يجوز بيعه
وقول زفر احسن لان التعليق في المعنى بمطلق موته لانه لا تردد في كون الكاين احد الامرين من الموت
قتلا او غير قتل فهو في المعنى مطلق الموت كيف ما كان وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا قال اذا مت
وغسلت فانت حر لا يكون مدبرا لانه علقه بالموت وشيء اخر بعده ثم اذا مات ففي القياس لا يعتق وان
غسل ما لم يعتقوه لانه بنفس الموت انتقل الى ملكهم فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فانت حر وفي
الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب الموت قبل ان يتقرر ملك الوارث فهو نظير تعليقه بموته بصفة
فاذا وجد ذلك يعتق من الثلث بخلاف دخوله الدار لانه لا يتصل بالموت فانه يتقرر ملك الوارث
فيه كذا في المبسوط **قوله** ومن المقيد من التدبير المقيد ان يقول ان مت الى سنة او الى عشر سنين
فانت حر فان مات قبل السنة او العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة او العشر لا يعتق ومقتضى
الوجه كونه لو مات في راس السنة يعتق لان الغاية هنا لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه تنجيز عتقه

فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط ومنه ان متحر قبل موتي بشهر او بيوم فانه مدبر مقيد حتى ملك بيعه وعند زفر مدبر مطلق قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كاين لا محالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول ابي حنيفة يستند العتق الى اول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضي الشهر قبل موته **قوله** بخلاف ما اذا قال الى ماية سنة ومثله لا يعيش اليها في الغالب لانه كالكاين لا محالة فيكون تدبيرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال قاضي خان على قول اصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره في الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تابيد معنى وهو كالخلاف في النكاح الموقت او سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تابيد معنى والمذهب توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا وابطل به النكاح وهنا جعله تابيدا موجبا للتدبير

فروع

كاتب مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق بالتدبير وسقطت عنه الكتابة للاستغناء عن اداء المال بالعتق الحاصل عن التدبير فان لم يكن له مال غيره فانما يعتق ثلثه بالتدبير ثم لا يسقط عنه شيء من بدل الكتابة في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسقط ثلث بدل الكتابة ايضا اعتبارا للجزء بالكل وقياسا على ما لو كاتبه اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة لما عتق ثلثه بالتدبير فكذا اذا سبق التدبير الكتابة ولا معنى لقول من يقول المستحق بالتدبير لا يرد عليه عقد الكتابة لانه لو ادى جميع البدل الكتابة في حيوته يعتق كله ولو كان المستحق بالتدبير لم يرد عليه الكتابة لما عتق بالاداء ولان استحقاق المدبر ثلثه بالتدبير كاستحقاق ام الولد جميعها بالاستيلاد ولو كاتب ام ولده صح ووجب المال فعرفنا ان هذا الاستحقاق لا يمنع ورود العقد عليه ولهما طريقان احدهما ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا في المكاتب والبدل بمقابلته وعرف ان التدبير يوجب استحقاق ثلثه فلا يتصور استحقاق ذلك بالكتابة فيكون البدل بمقابلة ما وراء ذلك فهو كما لو طلق زوجته ثنتين ثم طلقها ثلثا بالف كانت الالف كلها بازاء الطلقة الثالثة الا يرى انه لو خرج كله من الثلث بطلت الكتابة فاما قبل الموت الكتابة صحيحة لان الاستحقاق بالتدبير غير متقرر لجواز ان لا يموت المولى قبله واذا ثبت ان بدل الكتابة بمقابلة ما وراء المستحق بالتدبير وشيء من ذلك لم يسلم للعبد بموت المولى لا يسقط شيء عنه بخلاف ما لو كاتبه اولا لان بدل الكتابة هناك بمقابلة جميع الرقبة فانه لم يكن مستحقا لشيء من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير عند الموت سقط حصته من بدل الكتابة والطريق الاخر ان التدبير وصية برقبته له وهي عين والوصية بالعين لا تنفذ من مال الحر كما لو اوصى بعبد لانسان ثم باعه او قتل لا تنفذ الوصية في قيمته ولا ثمنه من المال الكوني وفي اسقاط بعض بدل الكتابة ذلك فامتنع بخلاف ما لو كاتبه اولا ثم دبره لان حقه عند التدبير احد الشيئين اما بدل الكتابة ان ادى او مالية رقبته ان عجز فيكون موصيا له بما هو حقه فلهذا ينفذ من بدل الكتابة اذا عرف هذا فتخريج المسئلة على قول ابي حنيفة فيما اذا دبره ثم كاتبه انه يتخير بعد موت المولى ان شاء سعى في جميع بدل الكتابة بجهة عقد الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته بالتدبير لان عنده تجزي العتق وقد تلقاه جهتا حرية فيختار ايهما شاء وعند ابي يوسف يسعى في الاقل منهما بغير خيار

لان العتق لا يتجزى عنده فقد عتق كله والمال عليه ولا يلزمه الا اقل المالين وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي بدل الكتابة لان ثلثها سقط عنه ولا يتخير لانه عتق كله كما ذكر ابو يوسف ولو كاتبه ثم دبره فعند ابي حنيفة رحمه الله يتخير بين ان يسعى في ثلثي قيمته او ثلثي بدل الكتابة وعندهما يسعى في اقلهما عينا ولو كاتب مدبرته فولدت ثم ماتت يسعى الولد فيما عليه لانه مولود في كتابتها فيبقى عقد الكتابة ببقايه لانه جزء منها فان كانا ولدين فادى احدهما المال كله لم يرجع على اخيه بشيء لانه ما ادى عنه شيئا انما ادى عن الام فان بدل الكتابة عليها ولان كسب كل منهما لها حتى لو كانت حية كان احق به فكان اداء من ادى احدهما او كليهما اداء من مال الام ومثله لو كاتب مدبرين جميعا وكل كفيل عن الاخر ثم ماتا وترك احدهما ولدا ولده له في كتابته من امته فعليه ان يسعى في جميع الكتابة لانه قايم مقام ابيه وانما يسعى ليحصل العتق لابيه ولنفسه ولا يحصل العتق لابيه الا باداء جميع بدل الكتابة فلذا كان عليه السعاية في جميع بدل الكتابة

باب الاستيلاد

لما اشترك كل من المدبر وام الولد في استحقاق العتق وتعلقه بالموت وصل بينهما ولما كان التدبير انسب بما قبله من حيث ان العتق به بايجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه والاستيلاد مصدر استولد اي طلب الولد وهو عام اريد به خصوص وهو طلب ولد امته اي استلحاقه اي باب بيان احكام هذا الاستلحاق الثابتة في الام واصله استولاد ومثله تجب قلب واوه يا كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وام الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفي عرف الفقهاء اخص من ذلك وهي الامة التي ثبت نسب ولدها من مالك كلها او بعضها **قوله** واذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له يعني اذا ثبت نسبه منه وليس ولادتها منه مستلزما ثبوته ففي العبارة قصور وذلك لانه لا يريد انها اذا ولدت منه صارت ام ولد بالمفهوم اللغوي بل الاصطلاح الفقهي ولذا رتب عليه الاحكام المذكورة حيث قال لا يجوز بيعها ولا تمليكها ولا هبتها انتهى بل اذا مات ولم ينجز عتقها تعتق بموته من جميع المال ولا تسعى لغريم ولو كان السيد مديونا مستغرقا وهذا كله مذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء الا من لا يعتد به كبشر المريسي وبعض الظاهرية فقالوا يجوز بيعها واحتجوا بحديث جابر قال بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر فلما كان عمر نهانا عنه فانتهينا رواه ابو داود وقال الحاكم على شرط مسلم واخرج النسائي عن زيد العمي الى ابي سعيد الخدري كنا نبيعهن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صححه الحاكم واعله العقيلي بزيد العمي وقال النسائي زيد العمي ليس بالقوي ونقل هذا المذهب عن الصديق وعلي وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت وابن الزبير لكن عن ابن مسعود بسند صحيح وابن عباس تعتق من نصيب ولدها ذكره ابن قدامة فهذا يصرح بحوعهما على تقدير صحة الرواية الاولى عنهما واستدل بعضهم للجمهور بما في ابي داود من طريق محمد بن اسحق عن خطاب ابن صالح عن امه عن سلامة بنت معقل امراة من خارجة قيس عيلان وذكر البيهقي انه احسن شيء روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا كالت قدم بي عمي في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن بن الحباب ثم هلك فقالت امراته الان والله تباعين في دينه فاتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله اني امراة من خارجة قيس عيلان قدم بي عمي المدينة في الجاهلية فباعني من الحباب بن عمرو اخي ابي اليسر بن عمرو فولدت له عبد الرحمن فقالت لي امراته

الآن تباعين في دينه فقال عليه الصلاة والسلام من ولي الحباب قيل اخوه ابو اليسر كعب بن عمرو فبعث اليه
فقال اعتقوها فاذا سمعتم برقيق تقدم علي فائتوني اعوضكم كانت فاعتقوني وقدم على رسول الله صلى الله
عليه وسلم رقيق فعوضهم مني غلاما ولا يخفى ان هذا الابدال على انها تعتق بمجرد موته بل على انه شاء لهم ان يعتقوها
ويعوضهم لما استرقت قلبه عليه الصلاة والسلام بل يفيد انها لا تعتق والا لبين الحكم الشرعي في ذلك من انها
عتقت ولم يامرهم بعتقها بعوض يقوم هو عليه السلام به لهم نعم يحتمل ان يراد باعتقوها خلوا سبيلها كما
فسره البيهقي وان العوض من باب الفضل منه عليه السلام لكن هذا احتمال غير الظاهر والعبرة للظاهر فلا
يصار الى هذا الا بدليل من خارج يوجبه ويعينه فمن ذلك ما ذكر المصنف عنه عليه السلام انه قال يعني في مارية
القبطية رضي الله عنها اعتقها ولدها وهو حديث رواه ابن ماجة عن ابن عباس قال ذكرت ام ابراهيم عند
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اعتقها ولدها وطريقه معلول بابي بكر بن عبد الله بن ابي سبرة وحسين
ابن عبد الله بن عبيد الله بن عبد الله بن عباس وبسند ابن ماجة رواه ابن عدي في الكامل لكن اعله بابن ابي سبرة فقط
فانه يروي ان حسينا ممن يكتب حديثه. واخرج ابن ماجة ايضا عن شريك عن حسين بن عبد الله عن عكرمة بن عباس
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته ورواه الحاكم في المستدرك
وقال صحيح الاسناد وهذا توثيق لحسين ورواه ابو يعلى الموصلي في مسنده ثنا زهير ثنا اسمعيل بن ابي اويس ثنا
ابي عن حسين بن عبيد الله عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه السلام قال ايما امة ولدت من سيدها فانها
حرة اذا مات الا ان يعتقها قبل موته ورواه احمد عن ابن عباس عنه عليه السلام ايما رجل ولدت منه امته
فهي معتقة عن دبر منه والطرق كثيرة في هذا المعنى ولذا قال الاصحاب انه مشهور تلقته الامة بالقبول
واذا قد كثرت طرق هذا المعنى وتعددت واشتهرت فلا يضره وقوع راو ضعيف فيه مع ان ابن القطان
قال في كتابه وقد روي باسناد جيد قال قاسم بن اصبغ في كتابه ثنا محمد بن وضاح ثنا مصعب بن سعد ابو خيثمة
المصيصي ثنا عبد الله بن عمرو وهو الرقي عن عبد الكريم الجزري عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال
لما ولدت مارية ابراهيم قال عليه السلام اعتقها ولدها ومن طريق اصبغ رواه ابن عبد البر في التمهيد
ومما يدل على صحة حديث اعتقها ولدها ما قال الخطابي ثبت انه عليه السلام قال انا معاشر الانبياء لا نورث
ما تركناه صدقة فلو كانت مارية مما لا يباع وصار ثمنها صدقة وعنه عليه السلام انه نهى عن التفريق بين
الاولاد والامهات وفي بيعهن تفريق واذا ثبت قوله اعتقها الى آخره وهو متاخر الى الموت اجماعا وجب
تاويله على مجاز الاول فيثبت في الحال البعض من موجبات العتق من امتناع تمليكها وروى الدارقطني عن يونس بن محمد
عن عبد العزيز بن مسلم عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر انه عليه السلام نهى عن بيع امهات الاولاد فقال لا يبعن
ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع بها سيدها ما دام حيا فاذا مات فهي حرة ثم اخرجه بسند فيه عبد الله بن جعفر
عن عبد الله بن دينار واعله ابن عدي بعبد الله بن جعفر بن نجيح المديني واسند تضعيفه عن النسائي وغيره
ولينه هو وقال يكتب حديثه ثم اخرجه عن احمد بن عبد الله العنبري ثنا معتمر عن عبيد الله عن نافع عن عمر موقوفا
واخرجه ايضا عن فليح بن سليمن عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن عمر موقوفا قال ابن القطان هذا حديث عن
عبد العزيز بن مسلم القسملي وهو ثقة عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن دينار عن عمر واختلف عنه فقال
عنه يونس بن محمد وهو ثقة وهو الذي رفعه فقال عنه يحيى بن اسحق وفليح بن سليمن عن عمر لم يتجاوزوه
وكلهم ثقات وهذا كله عند الدارقطني وعندي ان الذي اسنده خير ممن وقفه واخرج مالك في الموطا

عن نافع عن ابن عمر ان عمر بن الخطاب قال ايما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها
وهو يستمتع منها فاذا مات فهي حرة وهكذا رواه سفين الثوري وسليمان بن بلال وغيرهما عن عمر موقوفا
واخرج الدارقطني من طريق عبد الرحمن الافريقي عن سعيد بن المسيب ان عمر اعتق امهات الاولاد وقال
اعتقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم والافريقي وان كان غير حجة فقد تقدم ما يعضد رفعه مع ترجيح
ابن القطان فثبت الرفع بما قلنا ولا شك في ثبوت وقفه على عمر وذكر محمد في الاصل حديث سعيد بن المسيب
قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وعدم مخالفة
احد لعمر حين افتى به وامر فانعقد اجماع الصحابة على عدم بيعهن فهذا يوجب احد الامرين اما ان كان من
بيع امهات الاولاد في زمنه صلى الله عليه وسلم لم يكن بعلمه وان كان مثل قول الراوي كنا نفعل في عهده
عليه السلام حكمه الرفع لكن ظاهر الا قطعا فاذا قام دليل في خصوص منه على عدمه وجب اعتباره واما
انه كان بعلمه وتقريره ثم نسخ ولم يظهر الناسخ لابي بكر رضي الله عنه لقصر مدته مع اشتغاله فيها بحروب
مسيلمة واهل الردة ومانعي الزكاة ثم ظهر بعده كما عن ابن عمر كنا نخابر اربعين سنة ولا نرى بذلك باسا
حتى اخبرنا رافع بن خديج انه صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة فتركناها واياما كان وجب الحكم الآن بعدم
جواز بيعهن هذا اذا اقتصرنا النظر على الوقف فاما بملاحظة المرفوعات المتعاضدة فلا شك ومما يدل على
ثبوت ذلك الاجماع ما اسنده عبد الرزاق انا معمر عن ايوب عن ابن سيرين عن عبيدة السلماني قال سمعت عليا
يقول اجتمع رايي وراي عمر في امهات الاولاد ان لا يبعن ثم رايت بعد ان يبعن فقلت له فرايك ورايك ورأي
عمر في الجماعة احب الي من رايك وحدك في الفرقة فضحك علي رضي الله عنه واعلم ان رجوع علي رضي الله عنه
يقتضي انه يرى اشتراط انقراض العصر في تقرر الاجماع والمرجح خلافه وسئل داود عن بيع ام الولد
فقال يجوز لانا اتفقنا على جواز بيعها قبل ان تصير ام ولد فوجب ان يبقى كذلك اذ الاصل في كل ثابت دوامه
واستمراره وكان ابو سعيد البردعي حاضرا فعارضه فقال قد زالت تلك الحالة بالاتفاق وامتنع
بيعها لما حملت بولد سيدها والاصل في كل ثابت دوامه فانقطع داود وكان له ان يجيب ويقول الزوال
كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر في بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى ان يثبت المزيل قوله
ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين الذين خلق منهما قد اختلطا
وصارا جزوا واحدا بحيث لا يتميز وهذه الجزئية وان زالت بانفصال الولد لكنها بقيت حكما ولم تنقطع لان
تلك الجزئية اوجبت نسبتها بواسطة الولد وبالانفصال لم يتقرر ذلك حتى قيل ام ولده فقد بقي اثرها
شرعا واليه اشار عمر رضي الله عنه فيما رواه محمد بن قارب قال اشتري ابي امة من رجل قد اسقطت
منه فامر عمر رضي الله عنه بردها وقال بعدما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن
الا ان السبب يضعف بالانفصال فاوجب حكما مؤجلا الى الموت ولما ورد على هذا التقرير ان مقتضاه
ان المراة الحرة لو ملكت زوجها العبد بعدما ولدت له انه يعتق بموتها لان النسبة الكائنة
بتوسط الولد مشتركة بينهما لكل من الام والاب قسط منها اجاب المصنف بقوله ان بقاء الجزئية
حكما بعد الانفصال انما هو باعتبار النسب لانه لم يبق بعد الانفصال سواه والنسب للرجال اي الى
الآباء لا الى الامهات فكذا الحرية التي تبتني على النسب تثبت للنساء في حق الرجال لان النسب اليهم
فتفرع عليه ان الحر لو تزوج امة فولدت له ثم اشتراها صارت ام ولد له تعتق بموته دون العكس

اذ ليس النسب اليهن فلو ملكت الحرة زوجها العبد بعدما ولدت له لا يعتق بموتها ولما تعلق بالاخرة
بالنسب لم تثبت الامومة بدونه فلو ولدت امة لرجل بزنى ثم ملكها لا تكون ام ولد فلا تعتق بموته
واورد عليه ما ذكره في دعوى الاصل امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل منهما لصاحبه هو لابنك
لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامة بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبتت الامومية
بلا ثبوت نسب **اجيب** بانه قد ثبت النسب في الجملة فانهما اتفقا على ثبوت نسبه ولذا كان حرا فلم تثبت
دون نسب والحق ان ثبوت الامومية في نفس الامر لا يكون الا تابعا لثبوت النسب واما ثبوته ظاهرا
في القضاء فيكمل من ثبوت نسب الولد والاقرار به وان لم يثبت لما سيجيء فيما اذا ادعى ولد ام ولد المزوجة
قوله وبثبوت عتق الى اخره يعني قد ثبت بما ذكرنا انه ثبت لها عتق موجل ويلزم من ثبوت عتقها
موجلا ان يثبت لها في الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية وللقايل ان يقول ثبوت العتق
الموجل الى اجل معلوم ثابت في قوله اذا جاء راس الشهر فانت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع فله ان يبيعه قبله
ولم يلزم من ثبوت العتق الى اجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها في الحال بل عند حلول الاجل فالحق ان
استحقاقها في الحال للعتق عند الموت ليس الا بحكم النص حيث صرح النص بانهن لا يبعن ولا يوهبن
لمعنى الجزئية التي اشار اليها عمر رضي الله عنه **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له والبعض الاخر
مشتركة بين اثنين فادعى احدهما ولدها ثبت نسبه وتصير ام ولد فهنا حكمان وقع التشبيه في
احدهما وهي امومة الولد لانه لم يسبق لثبوت النسب ذكر فقصر التعليل عليه وهو قوله لان الاستيلاد
لا يتجزى اي فيما يمكن نقل الملك فيه وهي القنة فتصير كلها ام ولد له ويضمن قيمة نصيب شريكه له
بخلاف ما اذا وقع فيما لا يقبل النقل كالمدبرة فانه يتجزى ضرورة عدم قبوله للنقل فيقتصر بالضرورة
فلذا قدمه في باب العبد يعتق بعضه انه لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه فلا تناقض وصار
الحاصل ان الاستيلاد لا يتجزى اي لا يكون معه بعض المستولدة مملوكا لغير المستولد الا لضرورة لانه
مبني على ثبوت النسب وهو لا يتجزى واما احتمال ان يكون فيه روايتان فبعيد ولذا لما قال المصنف
انه يتجزى في باب العبد يعتق بعضه لم يجعل اثره الا فيما اذا استولد نصيبه من مدبرة واما تعليل
ثبوت النسب فانما هو بوجود الدعوة في المملوكة والاتفاق على ان ملك البعض يكفي لصحة الاستيلاد
قوله وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها لان الملك قايم فيها وهو مطلق لهذه الامور فاشبهت
المدبرة ومنع مالك اجارتها كبيعها وهو بعيد وامتناع البيع لنقل ملك الرقبة لا غير وهو منتف في الاجارة
وملك كسبها ولداعتها وكتابتها واورد ينبغي ان لا يملك تزويجها لان توهم شغل رحمها بما المولى قايم
وتوهم الشغل مانع من النكاح كما في المعتدة اجيب ان المعتدة جعل لها الشرع حالا احكم فيه بالفراغ فجاز نكاحها
عند وجوده ولم يجعل لام الولد مثله سوى الاستبراء فكان ينبغي ان لا يصح قبله **واجيب** بان جواز
النكاح كان ثابتا قبل الوطي ووقع الشك في خروجه فلا يخرج بالشك بخلاف المعتدة فانها تتحقق خروجها
عن محلية نكاح الغير فلا تعود الا بموجب وجعله الشارع انقضاء العدة الدال على الفراغ حقيقة
فلا تزوج قبله وللقايل ان يقول اذا سلم ان احتمال الشغل مانع ولا شك في ثبوته بعد الوطي لزم
تحقق خروج الجواز لا وقوع الشك فيه كالعدة وجب ان لا يزوجها الا بعد استبرائها والمذهب
جوازه قبل الاستبراء وانما هو بعده افضل واعلم ان المسئلة ذكرها المصنف في فصل المحرمات من كتاب

النكاح حيث قال وان زوج ام ولده وهي حامل منه فالنكاح باطل لانها فراش لمولاها حتى يثبت نسب
ولدها منه بلا دعوة فلو صح النكاح حصل الجمع بين الفراشين الا انه غير متاكد حتى ينتفي ولدها بالنفي من غير
لعان فلا يعتبر ما لم يتصل به الحمل فافاد ان المانع من صحة النكاح ليس الا الجمع بين الفراشين لا توهم الشغل
وهذا الحق لما عرف من مسئلة ما اذا راى امراة تزني فتزوجها حيث يصح النكاح ويحل الوطي مع ان احتمال
الشغل ثابت ولذا جاز عند ابي حنيفة ومحمد تزوج الحامل من الزنا لانتفاء الفراش غير انه لا يحل وطيها اذا
كان الحمل من غيره حتى تضع وامتنع نكاح المهاجرة الحامل لثبوت نسبه دون غيرها وحينئذ فالجواب الحق
منع كون احتمال الشغل بالماء مانعا ولذا جاز النكاح عقيب وطيها وان كان لا يستحب ويجب الاستبراء انما
المانع الجمع بين الفراشين القويين وفراش ام الولد ليس قويا على ما صرح به في المسئلة فلا يكون مانعا ما لم يتصل
به الحمل بخلاف المعتدة فانها فراش حال العدة الا ترى انها متعينة لثبوت نسب ما باتي به ففي تزويجها جمع
بين الفراشين **فرع** اذا باع خدمة ام ولده منها عتقت كما اذا باع رقبة العبد منه رواه ابن سماعة
عن ابي يوسف وعن ابن سماعة عن ابي يوسف لا تعتق بخلاف بيع رقبتها منه حيث تعتق **قوله** ولا يثبت
نسب ولدها اي ولد الامة لا ام الولد وهذا رجوع الى المذكور اول الباب من قوله اذا ولدت الامة من
مولاها فلا يثبت نسبه الا ان يعترف به وان اعترف بوطيها وهو قول الثوري والبصري والشعبي
ويروى عن عمر وزيد بن ثابت مع العزل وقال الشافعي ومالك واحمد رحمهم الله يثبت اذا اقر بوطيها
وان عزل عنها الا ان يدعي انه استبراها بعد الوطي بحيضة وهو ضعيف لانهم زعموا انها بالوطي صارت
فراشا كالنكاح وفيه يلزم الولد وان استبراها مع ان الحاصل بحيض عند مالك والشافعي فلا يفيد الا
استبراء وهم ينفصلون عن هذا بان الغالب ان لا تحيض والامر بالاستبراء اعتبار للغالب فيحكم عند وجوده
بعدم الحبل حكما بالغالب ولو وطيها في دبرها يلزمه الولد عند مالك ومثله عن احمد وهو وجه ضعيف
للشافعية **قوله** لانه لما ثبت هذا وجه قول الجمهور في ان النسب يثبت بما تاتي به الامة بمجرد وطيها
وهو انه لما ثبت النسب بعقد البالغ حتى ثبت نسب ما تاتي به المنكوحة به بعد العقد وان لم يعلم الوطي
لوجوده بعد المفضي الى الولد فثبوته بعد وطي البالغ وانه اكثر افضاء الى وجود الولد اولى وانما
قيدنا بالبالغ لان الزوج الصبي لا يثبت به نسب وان كان العقد وضع للولد ولنا ان وطي الامة يقصد
به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع من قصده وهو سقوط تقومها عند ابي حنيفة ونقصانه
عندهما وكان الظاهر عدم قصده فكان الظاهر العزل وبه يندفع ما قيل فلا يلزمه بمجرد الوطي وما
قبل الوطي قد يقصد به وقد لا يقصد به فلا يتعين عدمه قلنا ولا يتعين وجوده كما قلتم فيبقى على الاصل
من العدم واعلم ان اصل دليلهم فيه المنقول حديث عايشة رضي الله عنها قالت اختصم سعد بن ابي وقاص
وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني في ابن وليدة زمعة فقال سعد يا رسول الله ابن
اخي عتبة بن ابي وقاص عهد الي انه ابنه انظر الى شبهه وقال عبد الله بن زمعة هذا اخي يا رسول الله
ولد على فراش ابي فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم الى شبهه فراى شبها بينا بعتبة فقال هو لك يا عبد
ابن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة فلم تره سودة قط رواه الجماعة الا الترمذي
واجيب بانه عليه السلام انما قضى به لعبد بن زمعة على انه عبد له ورثه لا على انه اخوه ولذا قال
هو لك ولم يقل هو اخوك وقال احتجبي منه يا سودة ولو كان اخاها بالشرع لم يجب احتجابها منه فهذا دفع

بالانتفاء لعدم الاخوة شرعا والاول باللفظ نفسه ويدفع الاول بان في رواية اخرى هو اخوك يا عبد الله
واما الامر بالاحتجاب فلما راى من الشبه البين قوله هو لك لعتبة ويدفع الاول بان هذه الرواية حينئذ
معارضة لرواية هو لك وهي ارجح لانها المشهورة المعروفة فلا يعارضها الشاذة والشبه لا يوجب
احتجاب اخته شرعا منه والا لوجب الان وجوبا مستمرا ان كل من اشبه غير ابيه الثابت نسبه منه يجب حكما
للشبه احتجاب اخته وعمته وجدته لابيه منه وهو منتف شرعا واذن فقوله الولد للفراش لينفي به
نسبه عن سعد بانه ابن اخيه وعن عبد بانه اخوه يعني الولد للفراش ولا فراش لواحد من عتبة
ورفعه فهو حينئذ عندك يا عبد ميراث لك من ابيك واعلم انه روي عند الامام احمد اما الميراث
فله واما انت فاحتجبي منه فانه ليس لك باخ فصرحه بانه ليس اخاها يفيد انه ليس اخا لعبد بن زمعة
وبه تقوى معارضة رواية هو اخوك وقوله اما الميراث فله يفيد انه اخوهما فاما ان يحكم بضعف
الحديث لتدافع معناه او يجمع بان المثبت الاخوة الشرعية والمنفي الاخوة الحقيقية وهو ان يخلقا
من ماء رجل واحد وان الحكم الشرعي عدم الاحتجاب ان يترتب على الاخوة بمعنى المخلوق من ماء شخص واحد
مع ثبوت النسب منه الا ان هذا يبعد لو توقف عليه فاعتبرناها بثبوت النسب ما لم يعارضه
شبه غير المنسوب كما هو في الصورة المروية ثم يجعل هذا اذ ليس حكما مستمرا على ما ذكرنا خاصا بازواج
رسول الله صلى الله عليه وسلم لان حجابهن منيع وقد قال تعالى لهن لستن كاحد من النساء وعلى هذا يجب
حمل الوليدة على انها كانت ولدت لزمعة قبل ذلك ويكون قوله الولد للفراش يعني ام الولد وحينئذ
فقوله هو لك اي تقضي به لك ويكون المراد انه اخوك كما في الرواية الاخرى واما ما نقل عن عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه انه قال ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يعتزلونهن لا تاتيني وليدة يعترف
سيدها انه قد الم بها الا الحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك او اتركوا رواه الشافعي رحمه الله
فمعارض بما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد اسود فشق عليه فقال ممن
فقالت من راعي الابل فحمد الله واثنى عليه ولم يلتزمه واسند الطحاوي عن عكرمة عن ابن عباس انه كان
ياتي جارية فحملت فقال ليس مني اني اتيتها اتيانا لا اريد به الولد وعن زيد بن ثابت انه كان يطأ جارية
فارسية ويعزل عنها فجاءت بولد فاعتق الولد وجلدها وعنه انه قال لها ممن حملت فقالت منك فقال
كذبت ما وصل اليك ما يكون منه الحمل ولم يلتزمه مع اعترافه بوطئها والمروي عن عمر من قوله انه يلحق
الواطئ مطلقا جاز لكونه علم من بعضهم انكار من يجب عليه استلحاقه وذلك انا بينا ان الواطئ اذا
لم يعزل وحصنها وجب عليه الاعتراف به فقد يكون علم من الناس انكارا اولادا لاماء مطلقا فقال
لهم اني الحق بكم اياهم مطلقا واما من علم منه الاعتزال في الامر بان يعترف من يجب عليه الاعتراف
به وينفي من يجب عليه نفيه او يجوز فانه لا يتعرض له **قوله** فان جاءت بعد ذلك اي بعد ان اعترف
بولدها الاول بولد ثبت نسبه بغير اقرار لانه بالاعتراف بالولد الاول تبين كون الولد مقصودا
من الوطء فصارت فراشا وبهذا تبين ان الاولى في تعريف الفراش كون المراة مقصودا من وطئها الولد
ظاهرا الا ام الولد فانه اذا اعترف به ظهر قصده الى ذلك او وضعا شرعيا كالمنكوحة وان لم يقصد
الولد ثبت نسب ما تاتي به فانها حينئذ تكون متعينة لثبوت نسب ما تاتي به وهو الذي عرف به الفراش
وظهر انه ليس الغرض لانه كما تقدم في فصل المحرمات بل فراشان قوي وهو فراش المنكوحة وضعيف وهو

فراش ام الولد بسبب ان ولدها وان ثبت نسبه بلا دعوة ينتفي نسبه بمجرد نفيه بخلاف المنكوحة لا ينتفي
نسب ولدها الا باللعان وقد صرح المصنف فيما نقلناه فقال لان الامة لم تتعين لفراش لمولاها وذلك
لعدم صدق حد الفراش عليه وهو كون المراة متعينة لثبوت نسب ما ياتي به او كونها يقصد بوطئها الولد
الى اخر ما قلناه ومن الدلالة على ضعف كونه يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة وعلى هذا ينبغي ان
لو اعترف فقال كنت اطأ لقصد الولد عند مجيئها بالولد ان يثبت نسب ما اتت به وان لم يقل هو ولدي
لان ثبوته بقوله هو ولدي بناء على ان وطئه حينئذ لقصد الولد وعلى هذا قال بعض فضلاء الدرس
ينبغي انه اذا اقر انه كان لا يعزل عنها وحصنها ان يثبت نسبه من غير توقف على دعواه وان كان يوجب عليه
في هذه الحالة الاعتراف به فلا حاجة الى ان يوجب عليه الاعتراف ليعترف فيثبت نسبه بل يثبت نسبه
ابتداء واظن ان لا بعد في ان يحكم على المذهب بذلك وفي المبسوط انما يملك نفيه اي نفي ولد ام الولد اذا
لم يقض القاضي به او لم يتطاول الزمان فاما بعد القضاء فقد لزمه بالقضاء فلا يملك ابطاله والتطاول
دليل اقراره لانه يوجد منه فيها دليل اقراره من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح باقراره واختلافهم
في التطاول سبق في اللعان هذا وانما يثبت نسب ما تاتي به في حال حل وطئها له بعد الولد اما لو عرض
بعد حرمة مؤبدة بان وطئها ابو سيدها او ابنه او وطئ السيد امها او ابنتها او حرمت عليه برضاع
او بكتابة فانه لا يثبت نسبه الا باستلحاقه ولا يخفى انه يجب ان يفصل بين ان تاتي به لاقل من ستة اشهر
من حين عروض الحرمة او لتمامها ففي الاول يجب ان يثبت نسبه بلا دعوة للتيقن بان العلوق كان قبل عروض
الحرمة ولو اعتقها ثبت نسب ولدها الى سنتين من يوم الاعتاق ولذا اذا مات لانها معتدة ولا يملك
نفيه لان فراشها تاكد بالحرية حتى لا يملك نقله فالتحق بفراش المنكوحة في العدة بخلاف ما لو عرضت الحرمة
بحيض او نفاس او صوم او حرام حيث يثبت نسبه بالسكوت لان الفعل لم يحرم مطلقا ولا متعلقا باختيارها
بل مع ذلك العارض الذي عرض لا باختيارها المنقضي عادة بلا اختيارها **قوله** وهذا الذي ذكرناه
يعني من عدم لزومه الولد وان اعترف بالوطء ما لم يدعه حكم اي في القضاء يعني لا يقضى عليه بثبوت نسبه
منه بلا دعوة فاما الديانة فيما بينه وبين ربه تبارك وتعالى فالمروي عن ابي حنيفة انه ان كان حين وطئها
لم يعزل عنها وحصنها عن مظان ريبة الزنا يلزمه من قبل الله تعالى ان يدعيه بالاجماع لان الظاهر والحالة
هذه كونه منه والعمل بالظاهر واجب وان كان عزل عنها حصنها او لا او لم يعزل ولكن لم يحصنها فتركها تدخل
وتخرج بلا رقيب مامون جاز له ان ينفيه لان هذا الظاهر وهو كونه منه بسبب ان الظاهر عدم زنا المسلمة
تقابله اي يعارضه ظاهر اخر وهو كونه من غيره لوجود احد الدليلين على ذلك وهما العزل او عدم التحصين
ولهذا ظهر ان لفظ او في قوله وان عزل عنها او لم يحصنها اولى من الواو لتنصيصها على المراد وصرح في
المبسوط بذلك حيث قال فاما اذا عزل عنها او لم يحصنها فله ان ينفيه انتهى ولا شك في ان كونه من غيره عند
ضبطه العزل ظاهر واما ظهور كونه من غيره اذا افضى اليها ولم يعزل عنها فمحل نظر بل اورد ان المصنف على
وجوب الغسل بالتقاء الختانين من غير انزال بانه سبب الانزال ونفسه يتغيب عن بصره وقد يخفى عليه
لقلته فيقام مقامه ويقتضي هذا ثبوت النسب بعد الوطء وان لم ينزل والا تناقض ولا يخفى انه لا
احد يقول بثبوت نسب ما تاتي به الامة بمجرد غيبوبة الحشفة بلا انزال بل انه يثبت عزل عنها او لم يعزل
وهذا فرع الانزال وحينئذ فالمذكور في الغسل بيان حكمة النص فانه قد نص على ايجاب الغسل بمجرد الايلاج

فظهر من الشرع فيه غاية الاحتياط ولم يثبت من الشرع مثله في الاستلحاق بل لا يجوز ان يستلحق نسب من ليس منه
كما لا يجوز ان لا يستلحق نسب من هو منه فكان امر الاستلحاق مبنيا على اليقين او الظهور الذي لا يقابله ما يو
شكا **قوله** وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد ذكرهما في المبسوط فقال وعن ابي يوسف
اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او
لم يحصنها تحسينا للظن بها وحملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين خلافه وهذا كمذهب الشافعي والجمهور
لان ما ظهر بسببه يكون كالآية عليه حتى يتبين خلافه وعن محمد لا ينبغي ان يدعي ولدها اذا لم يعلم انه منه
ولكن ينبغي ان يعتق الولد وفي الايضاح ذكرهما بلفظ الاستحباب فقال قال ابو يوسف احب ان يدعيه
وقال محمد احب ان يعتق الولد فهذا يفيد الاستحباب وعبارة المبسوط تفيد الوجوب **قوله** فان زوجها
المولى فجاءت بولد يعني من الزوج فهو في حكم امه حتى لا يجوز للسيد بيعه ولا هبته ويعتق بموته من كل المال
ولا يسعى لاحد وله استخدامه واجارته الا انه اذا كان جارية لم يستمتع بها لانه وطئ امها وهذه اجماعية
وهي واردة على اطلاقه حيث قال هو في حكم امه وهذا لان الصفات القارة في الامهات تسري الى
الولد لانه جزؤها فيحدث الولد على صفتها كالتدبير ولهذا كان ولد القنة قنا وولد الحرة حرا
وان كان ابوه بخلافه ولو ادعاه لا يثبت نسبه منه لانه ثابت النسب من الزوج لان فراشه اقوى وان
كان النكاح فاسدا فانه ملحق بالصحيح في حق الاحكام وهذا اذا اتصل به الدخول والنسب لا يتجزى ثبوتا فلا
يثبت من المولى والاوجه الاقتصار على قوة الفراش فلا يثبت معه المرجوح والا فالولد يثبت من اثنين كما
سيذكر وقول المصنف لان الفراش له يقتضي ان لا فراش للمولى حال كونها زوجة للغير اصلا وهذا اذا جاءت
به لستة اشهر من النكاح فان جاءت به لاقل فهو ابن السيد والنكاح فاسد ويستحب بل يجب ان لا يزوجها
حتى يستبرئها بحيضة احتياطا ولو لم يفعل صح النكاح وثبت نسب الولد من الزوج ثم يعتق بدعوة المولى
وان لم يثبت نسبه منه لاقراره بحريته حيث اعترف انه ابنه من امته يعلق حرا كما تقدم غير انه عارضه في
ثبوت النسب منه معارض اقوى منه فلم يثبت نسبه به ولم يعارضه في ثبوت الحرية ذلك فاخذ بزعمه
ولم يستحسن قول المصنف في المبسوط وتصير ام ولد له لان الكلام في تزويج ام الولد وانما يحسن لو كان في تزويج
الامة ليست ام ولد كالصورة المذكورة في المبسوط زوج امته من عبده فولدت فادعاه لا يثبت نسبه منه
ولكن تصير ام ولد له تعتق بموته لانه اقر لها بحق الحرية وقد تكلف له ان قوله وولد القنة قن ابتداء
وما بعده بناء عليه فكانه قال ولد القنة ونسبه يثبت من الزوج اذا زوجها مولاها وحينئذ يستقيم الا
انه خلاف الظاهر لانه انما ذكر لبيان سراية وصف ام الولد الى الولد فيكون ابن ام الولد بمنزلتها فان قيل
فكيف تثبت امومية الولد مع عدم ثبوت النسب وهي مبنية عليه **اجيب** بان مجرد الاقرار بالاستيلاد
كاف لثبوت الاستيلاد وان كان في ضمن ما لم يثبت وهذا ما تقدم وعده مع ان احتمال كونه من السيد قائم
لجوازه بوطئ قبل النكاح الا انه لم يظهر هذا الاحتمال في حق ثبوت النسب لثبوته من الزوج فبقي معتبرا
في الام لحاجتها الى الامومية الموصلة الى العتق **قوله** واذا مات المولى عتقت يعني ام الولد من جميع المال
لحديث سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين ولا
يجعلن من الثلث وفي نسخة مكان لا يبعن لا يسعين وهو الموافق لتعليله والاسعاية الى اخره لقوله لما رو
لانه عليه السلام نفى السعاية عنها حيث قال لا يبعن وما قيل وان لا يبعن يدل على عدم وجوب السعاية

لان عدم جواز البيع يدل على عدم المالية الى اخره منقوض بالمدبر ثم لم يعرف هذا الحديث والشيخ جمال الدين
الزيلعي بعد ذكره انه غريب قال وفي الباب احاديث وساق كثيرا مما قدمناه مما ليس فيه زيادة على انها لا تملك
وتعتق بالموت ولا يخفى ان كلها في غير المقصود فان المقصود انها تعتق من كل المال وليس في شيء منها ذلك فان
عتقها لا يستلزم كونه من كل المال كالمدبر يعتق بالموت ولا يكون من كله وقد رواه عبد الملك بن حبيب المالكي
في كتابه عن سعيد بن المسيب الا ان جماعة تكلموا في عبد الملك **قوله** ولان الحاجة الى الولد اصلية كحاجته
الى الاكل اي وحاجته الى امه مساوية لحاجته الى الولد ولهذا جاز استيلاد جارية ابنه بغير اذنه لحاجته
الى وجود نسله كما جاز له اكل ماله للحاجة وحاجته الاصلية مقدمة على الدين فلا تسعى للغرماء وعلى الارث
فلا تسعى للورثة فيما زاد على الثلث اذ لم يخرج منه فصار اعتاقها كالدفن والتكفين بخلاف التدبير
لانه وصية بما هو من زوائد الحوائج لا من الاصلية اذ ليس ثم نسب ولد يتبعه امومة فلا يقدم عتق المدبر
على الدين ولا على حق الورثة فيعتق من الثلث فان لم يسعه سعى في باقي قيمته ولو كان دين السيد مستغرقا
سعى في كل قيمته على ما سلف **قوله** ولانها اي ام الولد ليست بمال متقوم عند ابي حنيفة على ما تقدم
حتى لا يضمن بالغصب عنده يعني اذا ماتت عند الغاصب حتف انفها بخلاف المدبر اذا مات عند الغاصب
فانه يضمن وكذا لا تضمن بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق بان كانت ام ولد بين اثنين فاعتقها احدهما
لا يضمن لشريكه شيا ولا تسعى هي في شيء ايضا وعندهما تضمن في ذلك كله بخلاف المدبر وانما تضمن بما يضمن
به الصبي الحر عند ابي حنيفة بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فاتلفتها واجمعوا انها تضمن بالقتل لانه
ضمان دم واذا لم تكن مالا متقوما لا يتعلق به حق الغرماء كالقصاص يعني اذا مات من له القصاص وهو
مديون فليس لاصحاب الديون ان يطالبوا من عليه القصاص بديونهم لان القصاص ليس مالا متقوما
حتى يأخذوا بمقابلته ما وجب عليه من القصاص مالا وقيل معناه اذا قتل المديون شخصا لا يقدر الغرماء
على منع ولي القصاص من قتله قصاصا وقيل معناه اذا قتل رجل مديونا وعفى المديون قبل موته صح وليس
لارباب الديون ان يمنعوه من العفو وقيل اذا قتل شخص من وجب عليه القصاص لا يضمن القاتل لولي القصاص
شيا لانه ليس حقا ماليا والاقرب المتبادر الاول **قوله** واذا اسلمت ام ولد النصراني فعليها ان تسعى
في قيمتها يعني اذا اسلمت فعرض الاسلام على مولاها فابى فانها يخرجها القاضي عن ولايته بان يقدر قيمتها
فينجمها عليها فتصير مكاتبة الا انها لا ترد الى الرق ولو عجزت نفسها لانها لو ردت الى الرق ردت الى
الكتابة لقيام اسلامها وهو الموجب فلا فائدة في اثبات حكم التعجيز وعلى هذا اذا اسلم مدبر النصراني
وتسمية مثل هذا دورا على التشبيه والا فاللازم ليس الا ما ذكرنا من عدم الفائدة وهذا بحسب الظاهر
انها لا تعتق الا كذلك ولو وجدت المال في الحال لم يحتج الى ذلك وقال زفر تعتق للحال اي حال اباء مولاها
الاسلام والسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة فان اسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما
لو اسلم بعدها وقال مالك والظاهرية تعتق مجانا وقال الشافعي واحمد يحال بينهما ولا يمكن من الخلوة
بها فضلا عن انتفاع من الانتفاعات ويجبر على نفقتها الى ان يموت فتعتق بموته او يسلم فتحل له وجه قول
زفر ان النظر ودفع الضرر عن الذمي واجب لذمته وعن المسلم لاسلامه وذلك في اعتاقها بالقيمة لا بالعتق
مجانا كما قال مالك فانه اهدار ما يجب له من النظر اذا امكن واما قول الشافعي ففيه زيادة اضرار به من
ايجاب النفقة بلا انتفاع مع امكان دفعه عنه قلنا الامر كما ذكرت غير ان قولنا ادفع للضرر عنه وعنها

فانه لا يصل الى البدل لعقيب عتقها لانها تعتق مفلسة وربما تتوانى في الاكتساب اذا كان مقصود العتق
قد حصل لها قبله فيتضرر الذمي بذلك وتتضرر ربي بشغل ذمتها بحق ذمي وربما تموت قبل ايفائها حقه وقد
قال علماؤنا رحمهم الله خصومة الذمي والدابة يوم القيمة اشد من خصومة المسلم بخلاف ما اوقع عتقها
على الاداء فانه حامل على الايفاء فكان اعتبارنا اولى اذا كان نظرا للجانبين وقوله ومالية ام الولد الى اخره
جواب سؤال يرد على ابي حنيفة في قوله بنفي مالية ام الولد هو انها كيف تسعى في قيمتها ولا قيمة لها لانتفاء
المالية عندك فقال الذمي يعتقد تقومها فيترك وما يعتقده اي مع ما يعتقده ولانا امرنا بذلك
فقد امرنا باعتبارها متقومة في حقها وقد تقدم ان قيمة ام الولد الثلث قيمتها قنة مع الخلاف فيه ولو
سلم انها ليست متقومة مطلقا فهي محترمة وهذا يكفي لايجاب الضمان وان لم يكن المضمون مالا كما في
القصاص المشترك بين مستحقين اذا عفى احد الاوليا المستحقين له يجب المال للباقين لانه احتبس نصيبهم
عند القاتل بعفو من عفى وليس نصيبهم حقا ماليا بل حق محترم فيلزمه بدله بمنزلة ازالة ملكه بلا بدل
فيتضرر الذمي الا ان هذا الوجه استلزم التضمين بغصب المنافع وغصب ام الولد حيث اعتبر للضمان مجرد الاحترام
ووجه ايضا بان بدل الكتابة بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم يدل السعاية على تقوم ام الولد وانت
سمعت في العتق على جعل وجه كون ذلك المال عند ابي حنيفة بدل ما هو مال فارجع اليه وان كونه بدل
ما ليس بمال قول محمد واذا مات مولاها النصراني عتقت وسقطت عنها السعاية لانها ام ولد له **قوله**
ومن استولد امة غيره بالنكاح يعني تزوج امة لغيره فولدت له ثم ملكها صارت ام ولد بذلك الولد
الذي ولدته بعقد النكاح ولو كان نكاحا فاسدا وهو قول احمد في رواية وقال الشافعي لا تصير ام ولد
له وهو قول مالك وعلى هذا الخلاف لو جاءت به من وطي بشبهة فملكها ثم عندنا تصير ام ولد له من
وقت ملكها لا من وقت العلوق وعند زفر من وقت ثبوت النسب منه لان امومية الولد عند الملك في العلوق
السابق فبعد ذلك العلوق كل من ولدها ثبت له حق الحرية ونحن نقول انما ثبت فيها وصف الامية بعد الملك
وان كان بامر متقدم فقبله الولد منفصل ولا سراية في المنفصل قبل الامومة ويتفرع على هذا ان لو
ملك ولدا لها من غيره قبل ان يملكها له بيعه عندنا خلافا له لانه ليس بابن ام ولد له بخلاف ما لو ملك
ولده منها قبل ملكها فانه يعتق عليه اتفاقا وفي المبسوط لو طلقها فتزوجت بآخر فولدت منه ثم اشترى
الكل صارت ام ولد وعتق ولده وولدها من غيره يجوز بيعه خلافا لزفر بخلاف الحادث في ملكه من
غيره فانه في حكم امه ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت او بنكاح على انها حرة فظهرت امة تصير ام ولد
عندنا وللشافعي فيه قولان في قول تصير ام ولد له وفي اخر لا تصير ام ولد وهو ولد المغرور وهو
حر بالقيمة يوم الخصومة **قوله** له اي للشافعي انها علقت برقيق فلا تكون ام ولد له كما اذا علقت من
الزنى ثم ملكها الزاني وهذا لان امومية ام الولد باعتبار علوق الولد حرا وانما قلنا ان الامومية باعتبار
علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل وهو حر ولا بد ان تستحق هي الحرية واعترض
من قصر نظره على خصوص المذكور بان الرق في ام الولد مستمر الى موت سيدها والولد علق حرا فقد خالف
الجزء الكل وهذا لانه جزء منفصل وليس كالمتصل وتمام تقرير المذكور يدفع هذا الاعتراض وانما
اقتصر المصنف اقتصارا للعلم ببقية التقرير وحاصل الوجه المذكور ان جزءها حر ومقتضاه حريتها
اذ لا يخالف الجزء الكل الا ان الانفصال بعرضية الانفصال والولد وان كان جزءا حالة الانفصال لكنه

جعل كشخص على حدة في بعض الاحكام حتى جاز اعتاقه دونها فثبت به حق الحرية عملا بشبهي الجزئية وعدمها
لما بقي منها في الحال وهذا المعنى لا يوجد اذا اعلقت برقيق وتايد هذا بقوله عليه الصلاة والسلام
ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة بعد موته وتقدم الحديث شرط في ثبوت حق العتق ان تلد من سيدها
وهذه ولدت من زوجها. ولنا ان سبب الامومية في محل الاجماع وهو الاصل هو الجزئية على ما ذكرنا من قبل
يعني عند قوله اول الباب ولان الجزئية قد حصلت بين الواطي والموطوءة بسبب الولد والجزئية انما تثبت
بينهما بنسبة الولد الى كل منهما فتثبت الجزئية بناء على ثبوت النسب فثبوت استحقاق الحرية بناء على ثبوت
الجزئية الثابت بناء على ثبوت النسب وهو ثابت في الزوج فتثبت الامومية بخلاف الزنا لانه لا نسب
يثبت للولد من الزاني فيه فلا تصير الامة التي جاءت بولد من الزنا اذا ملكها الزاني ولده استحسانا خلافا
لزفر حيث قال تصير ام ولد له وهو القياس فان قيل فكان ينبغي ان لا يعتق الولد اذا ملكه ابوه من
الزنا اذا كان لا يثبت نسبه منه اجاب بقوله وانما يعتق على الزاني اذا ملكه لانه جزؤه حقيقة بغير
واسطة نظيره اي نظير ام الولد من الزنى حيث لا تعتق لعدم انتسابه الى ابيه من اشترى اخاه من الزنا لا
يعتق عليه لانه لا ينتسب اليه بغير واسطة بل بواسطة نسبته الى الوالد وهي غير ثابتة حتى لو كانت
ثابتة عتق كما اذا كان اخاه لامه فصار الحاصل ان الامومية تتبع ثبوت النسب عند الملك والعتق يتبع
يتبع حقيقة الجزئية عند الملك او ثبوت الانتساب اليه بواسطة ثابتة وقوله عليه الصلاة والسلام
ايما امة الحديث ليس فيه قصر الامومية على السيد بل انها تثبت منه غير متعرض لنفيها عن غيره فاذا صح
تعليله بثبوت نسب ما تاتي به منه تثبت من غيره اذا ثبت النسب منه وقد صح من الزوج فثبت بالولادة
منه وهذا لانا ننفي المفهوم المخالف وهم وان ثبتوه فقد سووا عليه القياس فاذا صح قياس الزوج على السيد
في ثبوت الامومية لزم على المذهبين الا انه يشكل على تعليلنا ما اذا ادعى نسب ولد امته التي زوجها من
عبده فان نسبه انما يثبت من العبد لا من السيد ولا تصير ام ولد له وجوابه ان ثبوت الامومية لاقراره بثبوت
النسب منه وان لم يصدقه الشرع فكان كمن اقر بثبوت النسب شرعا واعترافا ومما تنبغي فيه الامومية
ما ذكر في الايضاح امة جاءت بولد فادعاه اجنبي لا يثبت نسبه صدقه المولى او كذبه فان ملكه المدعي عتق
ولا تصير امه ام ولد له **قوله** واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد
للاب سواء كان الابن وطئها اولا لان حرمة الوطي لا تمنع ثبوت النسب كوطي الحائض وعليه قيمتها لانه ملكها
قبيل الوطي بالقيمة ليقع الوطي في ملكه وليس عليه عقرها لسبق ملكه الوطي ولا قيمة ولدها لانه انعلق
حرا لتقدم الملك على الام وقد ذكرنا المسئلة بدلائلها في باب نكاح الرقيق من كتاب النكاح وللشافعي قولان
احدهما تصير ام ولد ويضمن قيمتها ومهرها وهو بناء على اثباته الملك حكما للوطي اذ لو اثبته سابقا عليه
لم يجب له ايجاب المهر والقول الاخر لا تصير ام ولد ويلزمه المهر لانه لم يملكها وهو قول احمد وعلى هذا تمر
على ملك الابن ومذهب مالك انه يملكها بالقيمة بمجرد الوطي حملت او لا واذا كان يملكها لا بما عرف انه لا يصح
دعوة ولد مدبرة ابنه ولا ام ولده اذ لا يقبلان انتقال الملك فيهما فان كان في لفظ الجارية عموم خصها قصد
اخرجهما باللفظ والا فالحكم المذكور في المسئلة وشرط صحة هذا الاستيلاد ان تكون الجارية في ملك الابن
من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان يكون الاب صاحب ولاية من ذلك الوقت الى الدعوة ايضا فلو باع
الابن الجارية ثم عادت اليه بشراء او رد وولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها فادعاه الاب لم تصح دعوته الا

ان تصدقه الابن كما اذا ادعى الاجنبي وصدقه وكذا دعوة الجد لو كان مكان الاب وكذا لو كان الاب كافرا ثم اسلم او عبدا فعتق او مجنونا فافاق فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر من الاسلام والعتق والافاقة الى الدعوة فادعاه لا يصح لعدم الولاية الا ان يصدقه اما المعتوه لو ادعاه بعدما افاق وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر من افاقته ففي القياس لا يصح لعدم ولايته عند العلوق وفي الاستحسان يصح لان العته لا يبطل الحق والولاية بل يعجز عن العمل ولو كان الاب المدعي مرتدا فهي موقوفة عند ابي حنيفة رحمه الله ان عاد الى الاسلام صحت والا لا وعندهما صحيحة وهي فرع تصرفات المرتد لانه ملكها بالقيمة فكان كالبيع وهو موقوف عنده خلافا لهما وكان ينبغي ان يتوقف عندهما ايضا لان تصرف المرتد في مال ولده موقوف عندهما ايضا لكنها تضمنت التصرف في مال نفسه وفيه لا يتوقف لا سيما في النسب لانه يحتاط في اثباته فينفذ **قوله** وان وطئ ابا الاب مع بقاء الاب مسلما حرا عاقلا لم يثبت النسب منه لان شرط الصحة قيام الولاية على ما ذكرنا ولا ولاية للجد مع وجود الاب متصفا بما قلنا بخلاف ما اذا كان الاب ميتا او حيا كافرا او عبدا او مجنونا فان الجد حينئذ يصح استيلاده جارية ابن ابنه لقيام ولايته في هذه الاحوال ولو كان الاب مرتدا لم تصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما فمنعت تصرف الجد وعند ابي حنيفة موقوفة فان اسلم الاب لم تصح دعوة الجد وان مات على ردته او لحق وقضي بلحاقه صحت ولو باع ابن الابن الجارية حاملا ثم اشتراها فولدت لاقل من ستة اشهر منذ باعها لم تصح دعوة الجد كما ذكرنا في الاب **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد فادعاه احدهما ثبت نسبه منه سواء كان في المرض او في الصحة ولذا اذا ادعى احدهما واعتق الاخر معا فالدعوة اولى لتضمنها ثبوت نسب الولد دون اعتاق الاخر وسواء كان المدعي مسلما او كافرا لانه لما ثبت النسب في نصفه المملوك له من الجارية يثبت في الباقي ولفظ في تحتمل على معنى من التي لابتداء الغاية اي ثبت من نصف الامة المملوك له ولا يكون للتعليل كقوله عليه الصلاة والسلام امراة دخلت النار في هرة اي لما ثبت نسب الولد بسبب نصفه المملوك له لان قوله ثبت في الباقي ينبو وحاصل المعنى انه يثبت النسب من نصف الام فيثبت من كلها لانه اي النسب لا يتجزى ثبوته من امراة فثبوته من بعضها هو عين ثبوته من كلها ولا يقال سياتي انه يثبت من رجلين بالنسبة الى امراة واحدة لانا نقول ليس في ذلك تجزيه من امراة لان النسب يثبت من كل منهما لا من بعضها الواحد ومن بعض الاخر للاخر وانما لا يتجزى لان سببه وهو العلوق لا يتجزى في امراة بان يتعلق الولد من ماء رجلين على قولنا لانها اذا علقت من الاول انسد فم الرحم فلا تعلق من الاخر وعلى قول غيرنا لا يمتنع بل واقع على قول بعض متبني القيافة على ما سياتي فعدم التجزي ان لا يعلق الولد بنصفها **قوله** وصارت ام ولد له اتفاقا اما عندهما فلان الاستيلاد لا يتجزى كما لا يتجزى ثبوت النسب ولا يصير نصفها ام ولد له ثم يتملك نصيب شريكه بل تصير كلها ام ولد وعنده يصير نصفها ام ولد ثم يتملك الاخر لانه قابل للنقل ولا يمتنع تجزي الامومة كما امتنع تجزي ثبوت النسب لان معنى كونها ام ولد هو ثبوت استحقاقها العتق بالموت والعتق يتجزى عنده بمعنى زوال الملك فجازت امومة نصفها بمعنى انه يعتق نصفها بالموت ثم يثبت حكم عتق البعض من الاستسعاء في الباقي او اعتاقه الى اخر ما عرف لكن لما كان النص المفيد لتجزي العتق اوجب ان لا يقر بعضه عتيقا وبعضه رقيقا والامومة شعبة من العتق وجب فيها اذا صار بعضها ام ولد بمعنى استحق بعضها العتق ان يستحقه كلها ولا يبقى رقيقا وبعضها مستحقا

للعتق فالحاصل ان الاتفاق على انه لا يستقر تجزيها في حق الامومة بل التجزي في الابتداء ثم يتم للكل عنده وعندهما صارت ام ولد من اول الامر ثم لا يخفى ان تعليل تملك نصيب شريكه بانه قابل للتملك تعليل بعدم المانع وهو لا يصلح للتعليل يقال سافر للتجارة والعلم ولو قيل لامن الطريق عد جنونا وكونه افسد نصيب شريكه بالاستيلاد لا يستلزم تعين الضمان على معنى لا يجوز تركه من الشريك بل الثابت به جواز ان يضمنه وللانسان ترك حقه وههنا لو رضي الشريك بترك تضمينه ويصير نصفها ملكا له ونصفها ام ولد للاخر يموت المستولد يعتق نصفها ويرق نصفها الاخر او تسعى له اذ ذاك لا يجوز فليس الموجب للنقل الا ما قلنا من النص الدال على انه اذا اعتق البعض لا يبقى البعض رقيقا والحق حق الحرية حقيقتها وتعتبر قيمة نصفها يوم وطئها فعلقت وكذا نصف العقر وانما وجب نصف عقرها على المستولد لانه وطئ جارية مشتركة لان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه وهو وان كان مقارنا للعلوق لاستناده اليه فهو مسبوق بالوطء وابتداؤه يثبت المهر فلا يسقط بالانزال فلزم سبق وجوب المهر الاستيلاد بالضرورة على كل حال فيسقط ما اصاب حصته ويضمن حصة شريكه وما قيل الاصح ان حكم العلة يقارنها في الخارج لم يختره المصنف وقد ملا الكتاب من ذلك واوله من باب من يجوز دفع الصدقة اليه في خلافية زفر فيما اذا دفع النصاب الى الفقير منعه زفر لان الدفع قارن الغنى فاجاب بانه حكم الدفع فيتعقبه فحصل الدفع الى الفقير ثم لم يزل يكرره في كل ما هو مثله ثم ضمان قيمة نصف الشريك لازم في يساره واعساره لانه ضمان تملك كالبيع وعن ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد حصلت لها وانما لا يضمن الاب اذا استولد جارية ابنه العقر لان ملكها يثبت شرطا للاستيلاد لانه ملك له يكفي لصحة الاستيلاد فيتقدمه ليقع الوطء في ملكه فان قيل الملك يثبت ضرورة الاستيلاد وهو بالعلوق ولا يلزم من تقدمه على العلوق تقدمه على الوطء اجيب بان الاستيلاد عبارة عن جميع الفعل الذي يحصل به الولد فلم يعتبر تعدد الفعل مع اتحاد المطلوب فالتقدم على العلوق تقدم على الفعل الذي به الاستيلاد ومنه الوطء فاعتبر مقدما عليه ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق وملكه ثبت من ذلك الوقت ايضا فلم يتعلق شيء منه على ملك الشريك بل علق حرا فلا يضمن شيئا واعلم ان مقتضى ما ذكره المصنف من ان الملك في نصف شريكه يثبت حكما للاستيلاد فيتعقبه ان العلوق قبل ملك نصيب شريكه يحصل بمملوك النصف ونصفه لشريكه واسناد النسب الى العلوق بعد ما وقع في ملك الشريك لا يوجب ان لا يعلق منه شيء على ملكه لا يقال يمكن كونه اراد بالاستيلاد في قوله حكما للاستيلاد الوطء لانا نقول الاستيلاد اما ان يطلق على العلوق وعلى مجموع الوطء مع الانزال والعلوق اما مجرد الوطء بلا انزال فلا ولو سلم لم يصح ثبوت الملك حينئذ لان نقله من ملك الشريك الى ملك المستولد لضرورة صيرورتها ام ولد له ولا تصير الا بالعلوق فلا يجوز نقله قبله لانه بلا موجب والاعتراض السابق بان حكم العلة معها في الاصح لا يفيد لان نقله مع العلوق ايضا بلا موجب لانها لم تصر ام ولد لم يلزم النقل فالوجه جعله معقبا للعلوق بلا فصل قليل ولا كثير والضمان لانه حينئذ نماء مهين لا قيمة فلا يضمن وحين صار بحيث يضمن لم يكن على ملك الشريك لان الام حين انتقلت الى ملك المستولد انتقلت باجزائها ومن جملتها ذلك الماء هذا اذا احملت على ملكهما فان اشتراها حاملا

فادعاه احدهما ثبت نسبه منه ويضمن لشريكه نصف قيمة الولد لانه لا يملك اسناد الاستيلاد
الى وقت العلوق لانه لم يحصل في ملكهما ولذا لا يجب عليه عقر لشريكه هنا لكن لما ادعى نسب ولد مشترك
بينهما كانت دعوة ملك وهي كالاعتاق الموقع الا انه يضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه
ضمان تملك كالبيع ولا عقر لشريكه هنا لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه **قوله** وان ادعياه معا
ثبت نسبه منهما وكانت الامة ام ولد لهما فتخدم كلا منهما يوما واذا مات احدهما عتقت ولا ضمان
للحي في تركة الميت لرضى كل منهما بعتقها بعد الموت ولا تسعى للحي عند ابي حنيفة لعدم تقومها وعلى
قولهما تسعى في نصف قيمتها له ولو اعتقها احدهما عتقت ولا ضمان عليه للساكت ولا سعاية في قول
ابي حنيفة وعلى قولهما يضمن ان كان موسرا وتسعى ان كان معسرا وعلى كل واحد منهما نصف العقر يلتقيان
بماله على الاخر وفائدة ايجاب العقر مع التقاص به ان احدهما لو ابرا احدهما عن حقه بقي حق الاخر
وايضا لو قوم نصيب احدهما بالدراهم والاخر بالذهب كان له ان يدفع الدراهم وياخذ الذهب
ويرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد فهذه احكام دعوتهما
ذكرها القدوري ومنها انه للباقي منهما حتى اذا مات احدهما كان كل ميراث الابن للباقي منهما وفرق المصنف
بينها بوجه كل منها فقال وان ادعياه معا ثبت نسبه منهما جميعا وسنقيده بما اذا لم يكن مع احدهما
مرجح فلو كان بان كان الشريكان ابا وابنا فان النسب يثبت من الاب وحده وكذا اذا كان احدهما ذميا يثبت
من المسلم وحده وفيه خلاف زفر فيثبت منهما ويكون مسلما وقيده هنا بما اذا حملت على ملكهما وهو
ان تلد لتمام ستة اشهر يعني فصاعدا ولو سنتين منذ ملكاها واحترز به عما اذا كان الحمل على ملك
احدهما نكاحا ثم اشترياها هو واخر فولدت لاقل من ستة اشهر من الشرا فادعياه فهي ام ولد الزوج
فان نصيبه صار ام ولد له والاستيلاد لا يحتمل التجزي عندهما ولا بقاؤه عنده فيثبت في نصيب
شريكه ايضا وايضا ما اذا حملت على ملك احدهما رقبة فباع نصفها من اخر فولدت يعني لتمام ستة اشهر
من بيع النصف فادعياه يكون للاول ولكون العلوق في ملكه وعما اذا كان الحمل قبل ملك كل منهما
بان اشتريا امة فولدت لاقل من ستة اشهر من حين ملكهما او ولدته قبل ملكهما اياه فاشترياها فادعياه
لا تكون ام ولد لهما لان هذه دعوة عتق لا دعوة استيلاد فيعتق الولد مقتصرا على وقت الدعوة بخلاف
الاستيلاد فان شرطها كون العلوق في الملك وتستند الحرية الى وقت العلوق فيعلق حرا وقدمنا في كتاب
العتق اختلاف المشايخ فيما اذا قال العبد هذا ابني وامه في ملكه هل تصير ام ولد له او لا قيل نعم
مجهول النسب ومعلومه وقيل لا فيهما وقيل نعم في مجهوله لا في معلومه فيحمل ذلك على انه حكمنا عنده
بجهالة حال العلوق وبقولنا قال سفين الثوري واسحق بن راهويه وكان الشافعي يقوله في القديم ورجح
عليه احمد حديث القافة وقيل يعمل به اذا فقدت القافة وقال الشافعي يرجع الى قول القايف فان لم
يوجد قايف وقف حتى يبلغ الولد فينتسب الى ايهما شا فلو لم ينتسب الى واحد منهما كان نسبه موقوفا
لا يثبت له نسب من غير امه والقايف هو الذي يتبع اثار الاباء في الابناء وغيرها من الاثار من قاف
اثره يقوفه مقلوب قفا اثره مثل راء مقلوب راى والقيافة مشهورة في بني مدلج فان لم يكن منه يلحق بغيره
وهو قول احمد وقال به مالك في الاما وهذا لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا بان الولد لا يتخلق من
ماءين لانها لا تعلق من رجل انسد فم الرحم متعذر فعلمنا بالشبه وهذا يفيد ان القافة لو الحقاه بهما لا يلحق

وهو قول الشافعي انه يبطل قولهم اذا الحقوا بهما وقد ثبت العمل بالشبه بقول القايف حيث سر رسول الله
صلى الله عليه وسلم على ما اخرج الستة في كتبهم كلهم عن سفيان بن عيينة عن الزهري عن عروة عن عايشة قالت
دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم مسرورا فقال يا عايشة الم تري ان مجززا المدلجي دخل
علي وعندي اسامة بن زيد وزيد وعليهما قطيفة وقد غطيا رؤسهما وبدت اقدامهما فقال هذه
الاقدام بعضها من بعض وقال ابو داود وكان اسامة اسود وكان زيد ابيض ولنا كتاب عمر رضي الله عنه
الى شريح في هذه الحادثة ذكر ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد فادعياه
فكتب اليه عمر رضي الله عنه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي
منهما وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع والله اعلم بذلك قال ولانهما استويا في سبب
الاستحقاق يعني الدعوة مع الملك فيستويان فيه والنسب وان كان لا يتجزى ولكن يتعلق به احكام متجزية
كالارث والنفقة وصدقة الفطر وولاية التصرف في ماله والحضانة فا يقبل التجزي كالارث وما ذكرنا
يثبت في حقهما على التجزية وما لا يقبلها كالنسب وولاية الانكاح يثبت لكل منهما كملا كان ليس معه غيره واعلم
ان المعروف في قصة عمر هو ما قال سعيد بن منصور ثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار عن عمر
رضي الله عنه في امراة وطئها رجلان في طهر فقال القايف قد اشتركا فيه جميعا فجعله بينهما فقال
الشعبي وعلي يقول هو ابنهما وهما ابواه ذكره سعيد ايضا وروى الاثرم باسناده عن سعيد بن المسيب في
رجلين اشتركا في طهر امراة فحملت فولدت غلاما يشبههما فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فدعا القافة
فنظروا فقالوا نراه يشبههما فالحقه بهما وجعله يرثهما ويرثانه وروى عبد الرزاق عن معمر عن الزهري
عن عروة ابن الزبير ان رجلين ادعيا ولدا فدعا عمر القافة واقتدى في ذلك ببصر القافة والحقه احد
الرجلين ثم ذكر ايضا عبد الرزاق بعد ذلك عن معمر عن ايوب عن ابن سيرين قال لما دعى عمر القافة فراوا
شبهه فيهما وراى عمر مثل ما رات القافة قال قد كنت اعلم ان الكلبة تلد لاكلب فيكون كل جرو لابيه
ما كنت ارى ان ماءين يجتمعان في ولد واحد واسند عبد الرزاق ايضا عن معمر عن قتادة قال راى
القافة وعمر جميعا شبهه فيهما وشبههما فيه فقال هو بينكما يرثكما وترثانه قال فذكرت ذلك لابن
المسيب فقال نعم هو للاخر منهما وهو قول المصنف وعن علي مثل ذلك يشير الى ما اخرج الطحاوي
في شرح الاثار عن سماك عن مولى لال مخزوم قال وقع رجلان في طهر واحد فعلقت الجارية فلم يدر من
ايهما هو فاتيا عليا فقال هو بينكما يرثكما وترثانه وهو للباقي منكما ورواه عبد الرزاق اخبرنا سفين
الثوري عن قابوس بن ابي ظبيان عن علي قال اتاه رجلان وقعا على امراة في طهر فقال الولد بينهما وهو
للباقي منكما وضعفه البيهقي فقال يرويه سماك عن رجل مجهول لم يسمه وقابوس وهو غير محتج به عن ابي ظبيان
عن علي قال وقد روي عن علي مرفوعا خلاف ذلك ثم اخرج من طريق ابي داود ثنا حبيش بن اصرم ثنا عبد الرزاق
انا الثوري عن صالح الهمداني عن الشعبي عن عبد خير عن زيد بن ارقم قال اتي علي رضي الله عنه وهو باليمن
بثلثة وقعوا على امراة في طهر واحد فسال اثنين اتقران لهذا بالولد قالا لا حتى سالهم جميعا فجعل
كلما سال اثنين قالا لا فاقرع بينهما فالحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية
قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه انتهى واعلم ان ابا داود رواه ايضا
موقوفا وكذا النساي على علي باسناد اجود من اسناد المرفوع وكذا رواه الحميدي في مسنده وقال فيه فاغرمه

ثلثي قيمة الجارية لصاحبه وهو حسن يبين المراد بالدية فيما قبله وحاصل ما يحصل من هذا انه
صلى الله عليه وسلم سر بقول القافة وان عمر قضى على وفق قولهم وانه عليه الصلاة والسلام لم ينكر
اثبات على النسب بالقرعة ولا شك ان المعول عليه ما ينسب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك
هو سروره بقول القافة **فاجاب** المصنف عنه بان سروره كان لان الكفار كانوا يطعنون في
نسب اسامة رضي الله عنه لما تقدم من ابي داود انه كان اسود وكان زيد ابيض وكانوا يطعنون في
ثبوت نسب اسامة رضي الله عنه منه وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة فكان قول القايف مقطعا
لطعنهم فسروره ولا شك انه لما يلزمه من قطع طعنهم واستراحة مسلم من التأذي بنفي نسبه وظهور خطائهم
والرد عليهم ثم يحتمل مع ذلك كون يلزمه من قطع طعنهم القيافة حقا في نفسها فتكون متعلق سروره ايضا
او ليست حقا فيختص سروره بما قلنا فلزم ان حكمنا بكون سروره بها نفسها فرع حكمنا بانها حق فيتوقف على
ثبوت حقيقتها ولم يثبت بعد وطعن يطعن بضم عين المضارع بالرمح وفي النسب واعلم انه استدل على
صحة القيافة بحديث اللعان حيث قال صلى الله عليه وسلم فيه ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين
فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذي رميت به وهذه
هي القيافة والحكم بالشبه **واجاز** اصحابنا بان معرفة ذلك صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي لا القيافة
وقد يقال الظاهر عند ارادة تعريفه ان يعرفنا انه ابن فلان والحق انه ينقلب عليهم لانه لو كانت القيافة
معتبرة لكان شرعية اللعان تختص بما اذا لم يشبه المرمي به اشبه الزوج او لا لحصول الحكم الشرعي حينئذ
بانه ليس ابنا للنافي وهو مستلزم الحكم بكذبها في نسب الولد **واجيب** بانه لا يلزم من حجية قيافته
صلى الله عليه وسلم حجية قيافة غيره وفيه نظر فان القيافة ليس الا اعتبار امور ظاهرة يستوي الناس
في معرفتها ثم انه عليه الصلوة والسلام سر بفعل علي رضي الله عنه وهو الحاقه بالقرعة وقد نقل
عن بعض العلما وطريقة صحيحة كما تقدم وهو يستلزم ان القرعة طريق صحيحة لتقريره عليه الصلوة
والسلام اياه بل سروره فان الضحاك دليله مع عدم الانكار واذا لم يقل به يلزمه الحكم بنسخه غير انه
بقي ما ثبت عن عمر من العمل بقول القافة فانه من القوة بكثرة الطرق بحيث لا يعارضه المروي عنه من قصة
شريح لخفائها وعدم تثبيتها وان كانت قصة مرسلة فان سليمان بن يسار عن عمر مرسل وكذا عروة عنه
لكنهما امامان لا يرويان الا عن ثقة امين مع حجية المرسل عندنا فكيف به من هذين على ان قول سعيد بن
المسيب نعم في اسناد عبد الرزاق ربما يكون كالموصول لعمر لان سعيدا روى عن عمر وبالجملة فلا خلاف
في ثبوت مثل هذا واذا ثبت عمل عمر بالقافة لزم ان ذلك لاحتمال في سروره عليه الصلاة والسلام
وهو كون الحقية من متعلقاته ثابت والشافعي رحمه الله لما لم يقل بنسبة الولد الى اثنين يلزمه اعتقاد
ان فعل عمر كان عن رأيه لا بقول القافة فيلزمه القول بثبوت النسب من اثنين اذ دخل محل الاجماع بالصحابة
لانه ملزوم لاحد الامرين اما ان سروره عليه الصلاة والسلام لم يكن متعلقا الا برد طعنهم او ثبوت نسخه
وبه نقول الا انا لا نقول انه من مائهما كما يفهم من بعض الروايات لان الماءين لا يجتمعان في الرحم الا
متعاقبين فاذا افترض الله خلق من الاول لم يتصور خلقه من الثاني بل انه يزيد في الاول في سمعه وقوته
وفي بصره واعضائه **واما** التعليل بانه ينسد فم الرحم فقاصر على قولنا ان الحامل لا تحيض فاما من يقول
تحيض لا يمكنه القول الا بالانسداد فيثبت النسب من اثنين مع الحكم بانه في نفس الامر من ماء احدهما

ثم كما يثبت نسبه من الاثنين يثبت نسبه من ثلثة واربعة وخمسة واكثر وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر
من اثنين لان القياس ينفي ثبوته من اثنين لكنه ترك لاثر عمر وقال محمد لا يثبت لاكثر من ثلثة لقرب الثلاث
من الاثنين ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من اكثر من واحد الاشتباه والدعوة فلا فرق ولو تنازع
فيه امرأتان قضي بينهما عند ابي حنيفة وعندهما لا يقضي للمرأتين فلا يلحق الا بام واحدة ولا فرق بين
كون الانصبا متفاوتة او متساوية في الجارية في دعوى الولد ولو تنازع فيه رجلان وامرأتان كل من زعم
انه ابنه من هذه المرأة وهي تصدقه فعند ابي حنيفة يقضي بين الرجلين والمرأتين وعندهما يقضي به
بين الرجلين فقط فلو تنازع فيه رجل وامرأتان يقضى به بينهم وعندهما يقضى به للرجل لا للمرأتين **قوله**
الا اذا كان احد الشريكين ابا للاخر استثنا من قوله وما لا يقبلها وعلمت ان النسب يثبت في حق كل منهما
كملا وفي المبسوط امة بين مسلم وذمي ومكاتب ومدبر وعبد ولدت فادعوه فالحر المسلم اولى لاجتماع
الحرية والاسلام فيه مع الملك فان لم يكن فيهم مسلم بل من بعده فقط فالذمي اولى لانه حر والمكاتب
والعبد وان كانا مسلمين لكن سببا للولد تحصيل الاسلام دون الحرية ثم المكاتب لان له حق ملك والولد
على شرف الحرية باداء المكاتب وان لم يكن مكاتب وادعى المدبر والعبد لا يثبت من واحد منهما النسب لانه
ليس لهم ملك ولا شبهة قيل وجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور وهبت له امة ولا يتعين ذلك
بل ان يزوج منها ايضا ولو كانت الدعوة بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام وغرم كل لصاحبه
نصف العقر **قوله** وكانت الامة ام الولد لهما لصحة دعوة كل منهما في نصيب الولد فيصير نصيبه منها ام ولد
له تبعا لولدها ولا يضمن واحد منهما لشريكه شيئا لانه لم ينتقل اليه من نصيب شريكه شيء **قوله** ويرث
الابن من كل منهما ميراث ابن كامل لانه اقر بميراثه كله حيث ادعى انه ابنه وحده واقراره حجة ويرثان
منه ميراث اب واحد لان دعوى كل منهم الانفراد بالابوة لا يسري في حق الاخر وقد استويا في سبب الاستحقاق
وهو الدعوة المقرونة بالملك وصار كما اذا اقاما البينة على شيء يصير مشتركا بينهما فكذا اذا اقاما
البينة على ابن مجهول النسب يكون بينهما لاتحاد الجامع **قوله** واذا وطئ المولى جارية مكاتبه فجاءت بولد
فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه وان كذبه لا يثبت نسب الولد لكن اذا ملكه يوما من الدهر
فحينئذ يثبت نسبه منه لما سيذكر وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعتبر تصديقه بل يثبت نسبه بمجرد
دعوته غير مفتقر الى تصديقه وقوله هذا قول سائر العلما اعتبارا بالاب يدعي ولد جارية ابنه
بجامع ان الموطوءة كسب المدعي او بطريق اولى لان للمولى في المكاتب ملك رقبته وهو مقتض لحقيقة ملك
كسبه وان لم يكن له فيه ملك كان له فيه حق الملك وليس للوالد ملك حقيقة في رقبة ولده بل له حق
التملك له عند الحاجة وحق الملك اقوى من حق التملك فلما ثبت نسب ولد جارية الابن من الاب بمجرد دعوته
من غير افتقار الى تصديقه فالثبوت من المولى اولى ووجه الظاهر وهو الفرق بين جارية الابن وجارية
المكاتب ان المولى لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه بسبب حجره نفسه عن ذلك بعقد الكتابة حتى لا يثبت له
حق تملكه والاب يملك تملكه لحاجته على ما عرف فلا يعتبر تصديقه وهذا بخلاف الوارث يستولد
امة من تركة مستغرقة بالدين يصح بلا تصديق احد لانه صاحب حق حتى ملك استخلاص ما شاء من التركة
باعطاء قيمته وليس احد احق منه ليحتاج الى تصديقه بخلاف البائع يدعي ولد المبيعة بعد البيع يصح
لاتصال العلوق بملكه ووجب للولد حق العتق فلم يبطل باعتراض البيع وهنا لم يحصل العلوق في ملك

ملك المولى لرقبة المكاتب لكن لم يحصل في ملكه للجارية ملكا خالصا واعترض بانه لا معنى لاشتراط التصديق
لانه اذا لوحظ حجر المولى عن التصرف في مال المكاتب فتصديقه لا يوجب فك الحجر بل غايته انه اعترف له انه
وطي الجارية فيقتضي ان لا يثبت النسب اذ لم يرتفع به المانع من ثبوته الا ترى انه لو اقام البينة على انه
وطيها لا يثبت نسبه اذا كان مكذبا له مع ان الثابت بالبينة اقوى من التصديق فظهر ضعف اشتراط التصديق
وقد يجاب بان هذا الحجر حق ادمي لكونه هو احق بالدعوى فلا يظهر حقه في الاستلحاق في مقابلة من هو احق
منه الا ان يصدقه لجواز ان يكذبه بان يدعيه هو فلا بد من استعلام تصديقه وتكذيبه بخلاف ما اذا
اقام بينة بينة الوطي فان تكذيبه قايم واعتبار التصديق ليس لاستعلام الوطي قطعا بل لتقديم اللاحق
على غيره بخلاف احد الشريكين اذا استلحق فانه لا يتوقف على تصديق الاخر لانه ليس احدهما احق من الاخر **قوله**
وعليه عقرها للمكاتبة لانه اي لان وطيه المدلول عليه بقوله فاذا وطي المولى لا يتقدمه الملك لان ماله
من الحق اي حق الملك كاف لصحة الاستيلاد لما نذكره يعني من قوله عقيبه انه كسب كسبه بخلاف الاب فانه
ليس له حق ملك في الجارية فيقدم ملكه اياها لتصحيح الاستيلاد فلا يجب العقر لانه وطي امة نفسه واذا
وجب لنفس المكاتبة العقر اذا وطيها المولى مع ثبوت حقيقة ملكه فيها فلان يجب بوطي امتها اولى والبعد
شارح فقال اي لما نذكره في كتاب المكاتب من انه يثبت للمولى في ذمة المكاتب حق مع ان بمجرد ثبوت حق في
ذمة سيد امة لا يصح استيلاد صاحب الدين فلقد تناوله من كان بعيد وهو اقرب اليه من حبل الوريد
قوله وقيمة ولدها عطف على عقرها اي وعليه قيمة الولد لانه في معنى المغرور حيث اعتمد دليلا
وهو ان الجارية بتاويل الشخص كسب كسبه فلم يرض برقه حيث اعتمد دليلا يوجب حريته فيكون حرا بالقيمة
ثابت النسب منه كالمغرور بشرا امة استولدها فاستحقت اعتمد دليلا هو البيع فجعل عذرا في حرية الولد
بالقيمة الا ان قيمة الولد هنا تعتبر يوم ولد وقيمة ولد المغرور يوم الخصومة والفرق بين ان العلوق
هنا حصل في ملك المولى وهو مقتض ثبوت نسبه حتى ملكه لما لكها الا انه محجور بحجر شرعي عنها فشرط تصديقه
فاذا جاء التصديق صحت الدعوة وثبت له حق التملك بالقيمة فوجب اعتبارها في اقرب اوقات الامكان
واما المغرور فضمانه قيمة الولد لانه امانة حبسها عن صاحبها بغير تعد فتعتبر القيمة يوم الحبس وتحقق
هذا الحبس والمنع انما يكون يوم الخصومة فيعتبر يومها ثم لا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها
حقيقة كما في ام ولد المغرور المبيعة المستحقة لا تكون ام ولد له ولا تناقض بين قوله لا تصير ام ولد وبين
قوله ان ما له من الحق يكفي لصحة الاستيلاد لان المراد من الاستيلاد استلحاق الولد كما قررناه اولا
وصحة ثبوت نسب الولد منه واما ثبوت امومية الولد للام فانما هو لازم في بعض الصور وهي
اكثرها دون بعض وليس عينا ليلزم نفيها اثبته ثم اذا ملك هذه الجارية يوما من الدهر صارت ام ولد
له لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب **قوله** وان كذبه المكاتب في النسب لم يثبت نسبه من المولى
لما بينا اي من انه لا يملك التصرف في اكساب مكاتبه فلو ملكه اي لو ملك الولد يوما من الدهر ثبت نسبه
منه وكان ولدا له لقيام الموجب وهو اقراره بالاستيلاد وزوال المانع وهو حق المكاتب
رجل تزوج بامة فولدت ثم اشتراها لا تصير ام ولد استحسانا وان اشترى الولد عتق وفي المحيط يجوز اعتاق
ام الولد وكتابتها لتعجيل الحرية وكذا تدبيرها لانه يجتمع لها سببا حرية وفي غيرها لا يصح تدبيرها لانه لا
يفيد وفي جوامع الفقه استولد مدبرته بطل التدبير وتعتق من جميع المال ولا تسعى في دين وفي الكافي

امة بين رجلين قال في صحتهما هي ام ولد احدنا ثم مات احدهما يؤمر الحي بالبيان دون الورثة لانه
يخبر عن نفسه والورثة تخبر بفعل غيرهم فان قال الحي هي ام ولدي فهي ام ولده ويضمن نصف
قيمتها ولا يضمن من العقر شيا لانه لما اقر بوطيها بعد ملكهما فلعله استولدها بنكاح قبل ولو قال
هي ام ولد الميت عتقت صدقته او كذبته لانه ان صدق فهي حرة وان كذب فكذلك لاقراره
بعتقها بموته ولا سعاية للحي لانه يدعي الضمان على الميت ولعا الورثة لانهم يدعون عليه الضمان
ان كذبوه في اقراره وان صدقوه فقد اقروا بعدم السعاية والله سبحانه وتعالى الموفق

كتاب الايمان

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح في ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا انه تقدم على
الكل النكاح لانه اقرب الى العبادات كما تقدم والطلاق رفعه بعد تحققه فيلاوه اياه اوجه
واختص العتاق عن الايمان بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه في تمام معناه الذي
هو الاسقاط وفي لازمه الشرعي الذي هو السراية فقدمه على اليمين ولفظ اليمين مشترك
بين الجارحة والقسم والقوة لغة والاولان ظاهران وشاهد القوة قوله تعالى لاخذنا
منه باليمين وقول الشماخ وقيل الحطيئة رايت عرابة الاوسي يسمو الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين اي القوة ثم قولهم انما سمي القسم يمينا لوجهين احدهما
ان اليمين هو القوة والحالف يتقوى بالاقسام على الحمل او المنع والثاني انهم كانوا يتماسكون بايمانهم
عند القسم فسميت بذلك يفيد انه لفظ منقول ومفهومه اللغوي جملة اولى انشائية صريحة الجزئين
يؤكد بها جملة بعدها خبرية وترك لفظا اولى بصيرة غير مانع لدخول نحو زيد قائم زيد قائم
وهو على عكسه فان الاولى هي المؤكدة بالثانية من التوكيد اللفظي وجملة اعم من الفعلية كحلفت بالله
لا فعلن او احلف او اسمية مقدمة الخبر كعلي عهد الله او مؤخرته نحو لعمرك لا فعلن وهو مثال ايضا
لغير المصرح بجزئيها ومنه والله وتالله فان الحرف جعل عوضا عن الفعل واسماء هذا المعنى المؤكد
ستة الحلف والقسم والعهد والميثاق والايلاء واليمين وخرج بالثانية نحو تعليق الطلاق
والعتاق فان الاولى ليست انشا فليست لتعليق ايمانا لغة واما مفهومه الاصطلاحية فجملة اولى
انشائية مقسم فيها باسم الله تعالى او صفته يؤكد بها مضمون ثانية في نفس السامع ظاهرا او تحمل
المتكلم على تحقيق معناها فدخلت بقيد ظاهرا الغموس او التزام مكروه كفرا او زوال الملك على تقدير ليمنع
عنه او محبوب ليحمل عليه فدخلت التعليقات مثل ان فعل فهو يهودي وان دخلت فانت طالق بضم التاء
لمنع نفسه وبكسرها لمنعها وان بشرتني فانت حر وسببها الغائي تارة ايقاع صدقه في نفس السامع
وتارة حمل نفسه او غيره على الفعل او الترك فبين اليمين بالمفهوم اللغوي والشرعي عموم من وجه
لتصادقهما في اليمين بالله وانفراد اللغوي في الحلف بغيره مما يعظم وانفراد الاصطلاحي في التعليق
ثم قيل يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله **الحديث**
والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه او غيره ومحمل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم وركنها
اللفظ الخاص واما شرطها فالعقل والبلوغ وحكمها الذي يلزم وجودها وجوب البر فيما اذا
عقدت على طاعة او ترك معصية فيثبت وجوبان لامرين الفعل والبر ووجوب الحنث في الحلف على ضد ما

وندب فيما اذا كان عدم المحلوف عليه جايرا و مباحا واذا حنث فيما يجوز فيه الحنث او يحرم لزمته الكفارة
قوله اليمين على ثلثة اضرب يمين الغموس والاصح من النسخ اليمين الغموس على الوصف لا الاضافة اوعين
واما يمين الغموس فاضافة الموصوف الى صفته وهي ممنوعة وما قيل هو كعطر الطيب رد بانه اضافة
الجنس الى نوعه لان الطيب نوع لا وصف للمضاف ومثل صلوة الاولى مقصور على السماع وسميت غموسا
لغمسها صاحبها في الاثم في النار فعول بمعنى فاعله بصيغة المبالغة قوله فالغموس هي الحلف على امر ما
يتعمد الكذب به وليس هذا القيد بل الحلف على الحال ايضا كذلك كوالله ما لهذا على دين وهو يعلم خلافه
والحديث المذكور غريب بهذا اللفظ ومعناه ثابت بلا شبهة واقرب الالفاظ اليه ما في صحيح ابن حبان
من حديث ابي امامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها
مال امرى مسلم حرم الله عليه الجنة وادخله النار وفي الصحيحين لقي الله وهو عليه غضبان وفي سنن
ابي داود من حديث عمران بن حصين قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين مصبورة كاذبا فليتبوأ
مقعده من النار والمراد بالمصبورة الملزمة بالقضاء والحكم اي المحبوس عليها لانها مصبور عليها قوله ولا كفارة
فيها الا التوبة والاستغفار وهو قول اكثر العلماء منهم مالك واحمد رضي الله عنهما وقال الشافعي رحمه الله
فيها الكفارة لانها شرعت في الاصل وهو المعقودة لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق في
الغموس فيتعدى اليه وحولها ولنا انها كبيرة محضة لما ثبت في صحيح البخاري من حديث ابن عمر عنه عليه السلام
الكباير الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس والكفارة عبادة حتى تتادى بالصوم
ويشترط فيها النية فلا تناط بها انما هو كبيرة بخلاف المعقودة لانها مباحة ولو كان فيه ذنب بالحنث
في موضع وجوب البر على ما ذكرنا من التفصيل فهو متاخر متعلق باختيار مبتدا غير مقارن متعقد بنفس اليمين
كما في الغموس فامتنع الالحاق وحاصل هذا ابراء وصف في الاصل وهو كونه مباحا او ادعاء كونه جزء
المؤثر لكونه غير مناسب للحكم قد نقض بالظهار ويجاب بان الموجب فيه العود لا نفس الظهار وقال تعالى
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وهو مباح لكونه امساكا بالمعروف وبالافطار في رمضان فلو تحمر
او زنى واجيب الكفارة باعتبار الفطر العمد المشتهي ويحد الحد باعتبار انهما في انفسهما كبيرة
ولجهة اخرى بان ذلك حرام في نفسه وحرام لغيره وهو الصوم فوجب الحد بالاول والكفارة بالثاني ونقض
ايضا بقتل المحرم صيدا عمدا واجيب بان عين الفعل ليس حراما حتى لو فعله في غير الاحرام والحرم لم يحرم
وانما حرم باحرامه وبالحرم لا بنفسه وصحح شارح الايراد ومنع نفي كون المعصية سببا للكفارة وجعل
المذكور من الاجوبة خبطا ولم يبين موضع الفساد فيها وهو واضح لان كلامهم هذا يقتضي تقييد قولهم
المعصية لا تصلح سببا للكفارة لكونها عبادة بما اذا كان حراما لعينه ومرجعه الى التحسين والتقبيح في
الفعل لذاته وهو منتف عند الاشعرية وهو قليل جدا كانه لا يزيد على الكفر والظلم وكون اليمين الغموس
منه تمنع لان اليمين في نفسه مباح او عبادة اذ هو ذكر الله تعالى على وجه التعظيم وهذا لا يسقط
من قلب المؤمن الحالف غموسا والا كانت كفرا وانما روج به باطله فقبحها ليس الا لعدم مطابقة المحلوف
عليه او لقصد ذلك وذلك خارج عن اليمين يوجب حرمتها فكان من قبيل ما حرم لغيره على ان كون حرمة السبب
تمنع مناسبتها للعبادة لا يفصل بين كون الحرمة لعينه او لغيره ولو قيل لا يلزم من شرعية الكفارة جابرة
او ساترة في ذنب اخف شرعيتها لذلك في ذنب اعظم كان اوجه وللشافعي ايضا الغموس مكسوبة بالقلب

والمكسوبة يؤاخذ بها لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم
وبين الله سبحانه المراد بالمؤاخذة بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته
فتبين ان المراد بها الكفارة والجواب ان المؤاخذة مطلقا في الاخرة فهي المراد بالمؤاخذة في
المكسوبة والمراد بها في المعقود الكفارة كما ذكرنا والغموس داخلة في المعقودة فتجب الكفارة
بالنص من غير حاجة الى زيادة تكلف الجواب منع انها معقودة لانها ربط في الشرع للاسم العظيم
على وجه حمله عليه في المستقبل او منعه منه فاذا حنث انحلت لارتفاع المانع والحامل او لتوكيد
صدقه الظاهري فاذا طابق الخبر بر وانحلت ولا شك ان بالحنث تنحل اليمين والغموس قارنها
ما يحلها وهو ما لو طرا عليها رفعها وحلها فلم تنعقد لانه اذا قارنها منع انعقادها كالردة والرضاع
في النكاح بخلاف مس السماء ونحوه فانه لم يقارنها لانها عقدت على امر في المستقبل فالحلها هو
انعدامه في المستقبل لا في الحال وعلى هذا قيل الغموس ليست بيمين حقيقة لان اليمين الشرعية تعقد
للبر وهو غير ممكن فيها وما قطع بانتفاء فايدته شرعا يقطع بانتفايه شرعا وتسميتها يمينا مجاز لعلاقة
الصورة كالفرس للصورة المنقوشة او هو من الحقيقة اللغوية وعلى احدهما يحمل قوله عليه السلام
واليمين الفاجرة ونحوه على ما ذكرناه واعلم ان المعقودة عند الشافعي ليست سوى المكسوبة بالقلب
وكون الغموس قارنها الحنث لا ينفي الانعقاد عنده وكونها لا تسمى يمينا لانها لم تعقد للبر بعيد اذ لا
شك في تسميتها يمينا لغة وعرفا وشرعا بحيث لا يقبل التشكيك فليس الوجه الا ما ذكرنا من ان شرعية
الكفارة لرفع ذنب اصغر لا يستلزم شرعها لرفع اكبر واذا ادخلها في مسمى المنعقدة وجعل المنعقدة
تنعقد الى الغموس وغيرها عسر النظر معه الا ان يكون لغة اوسع وقد روى الامام احمد في مسنده
باسناد جيد صرح بجودته ابن عبد الهادي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث مطول
قال فيه خمس ليس لهن كفارة الشرك بالله عز وجل وقتل النفس بغير حق او نهب مؤمن او الفرار من الزحف
او يمين صابرة يقتطع بها مالا بغير حق انتهى وكل من قال لا كفارة في الغموس لم يفصل بين اليمين المصبورة
على مال كاذبا وغيرها وصابرة بمعنى مصبورة كعيشة راضية وتقدم ان المصبورة المقضي بها
لانها مصبور عليها اي محبوس والصبر حبس النفس على المكروه ومنه قتله صبرا اذا لم يكن في حال
تصرفه ودفعه مختارا عن نفسه قوله والمنعقدة ما حلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله
فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الاية وما في
قوله ما يحلف مصدرية اي الحلف على امر في المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه
كوالله لقد قدم زيد امس لا تسمى منعقدة وتقتضي انها اما ليست بيمين وهو بعيد او زيادة اقسام
اليمين على الثلثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفي كلام شمس الايمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان اراد
لغة فممنوع لانه ما لا فايدة له وفي هذا اليمين فايدة تاكيد صدقه في خبره عند السامع وان اراد
دخولها في اللغو المذكور في الاية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم ينقل الحديث
فكان خارجا عن اقوال السلف والجواب ان الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا في مطلق اليمين
قوله ويمين اللغو ان يحلف على امر وهو يظن انه كما قال والامر بخلافه مثل والله لقد دخلت الدار
والله ما كلمت زيدا ونحوه ويدخل في ذلك الافعال كما ذكرنا والصفات ومن الثاني ما في الخلاصة

ضاع

رجل حلفه السلطان انه لم يعلم بامر كذا فحلف ثم تذكر فعلم انه كان يعلم ارجوا ان لا يحنث فهذه اليمين
نرجوا ان لا يواخذ الله بها صاحبها وانما قيد محمد عدم المواخذه بالرجا مع انه مقطوع به في كتابه
تعالى حين قال لا يواخذكم الله باللغو للاختلاف في معنى اللغو ففسره محمد رحمه الله بما ذكر وهو مروي
عن ابن عباس وبه قال احمد وقال الشافعي كل يمين صدر عن غير قصد في الماضي وفي المستقبل وهو
مباين للتفسير المذكور لان الحلف على امر يظنه كما قال لا يكون الا عن قصد وهو رواية عن احمد وهو
معنى ما روى صاحب السنن عن عايشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هو كلام الرجل
في بيته كلا والله وبلى والله وقال الشعبي ومسروق لغو اليمين ان يحلف على معصية فيتركها لاغيا
بيمينه وقال سعيد بن جبير ان يحرم على نفسه ما احل الله له من قول وعمل فلما اختلف في معنى اللغو علقه
بالرجا والاصح ان اللغو بالتفسيرين الاولين وكذا بالثالث متفق على عدم المواخذه به في الاخرة وكذا
في الدنيا بالكفارة فلم يتم العذر عن التعليق بالرجا فالاوجه ما قيل انه لم يرد به التعليق بل التبرك
باسم الله والتادب فهو كقوله صلى الله عليه وسلم لاهل المقابر وانا ان شاء الله بكم لاحقون واما التفسير
الرابع فغير مشهور وكونه لغوا هو اختيار سعيد **قوله** والقاصد في اليمين والمكروه عليه والناسي
وهو من تلفظ باليمين ذاهلا عنه ثم تذكر انه تلفظ به وفي بعض النسخ الخاطي وهو من اراد ان يتكلم بكلام
غير الحلف فجرى على لسانه اليمين فاذا حنث لزمته الكفارة لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاثة
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين هكذا ذكره المصنف وبعضهم كصاحب الخلاصة
جعل مكان اليمين العتاق والمحفوظ حديث ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد
وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة اخرجه احمد وابو داود وابن ماجة وقد ورد حديث العتاق
في مصنف عبد الرزاق من حديث ابي ذر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من طلق وهو لاعب فطلاقه
جايز ومن اعتق وهو لاعب فعتقه جايز وروى ابن عدي في الكامل من حديث ابي هريرة عنه عليه الصلاة
والسلام قال ثلاث ليس فيهن لعب من تكلم بشيء منهن لاعبا فقد وجب عليه الطلاق والعتاق والنكاح
واخرج عبد الرزاق عن عمر وعلي موقوفا انهما قالا ثلاث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وفي رواية
عنهما اربع وزادوا النذر ولا شك ان اليمين في معنى النذر فيقاس عليه واعلم انه لو ثبت حديث اليمين
لم يكن فيه دليل لان المذكور فيه جعل الهزل باليمين جدا والهازل قاصد لليمين غير راض بحكمه فلا يعتبر
عدم رضاه به شرعا بعد مباشرته السبب مختارا والناسي بالتفسير المذكور لم يقصد سببا اصلا
ولم يدر ما صنع وكذا المخطي لم يقصد قط التلفظ به بل بشيء اخر فلا يكون الوارد في الهازل واردا في الناسي
الذي لم يقصد قط مباشرة السبب فلا يثبت في حقه نصا ولا قياسا واذا كان اللغو بتفسيرهم وهو
ان يقصد اليمين مع ظن البر ليس لها حكم اليمين فما لم يقصده اصلا بل هو كالنايم يجري على لسانه
طلاق وعتاق لا حكم له اولى ان لا يكون لها حكم اليمين وايضا فتفسير اللغو المذكور في حديث عايشة
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو انه كلام الرجل في بيته كلا والله وبلى والله وان لم يكن هو نفس
التفسير الذي فسروا به الناسي فان المتكلم كذلك في بيته لا يتعمد التكلم به بل يجري على لسانه بحكم العادة
غير مراد لفظه ولا معناه ولو لم يكن اياه كان اقرب اليه من الهازل فحمل الناسي على اللاغي بالتفسير المذكور
اولى من حمله على الهازل وهذا الذي ادينه وقد مر لنا مثله في الطلاق ايضا فلا **قوله** والشافعي يخالفنا

في ذلك فيقول لا ينعقد يمين المكره ولا الناسي ولا المخطي للحديث المشهور رفع عن امتي الخطا والنسيان وما
استكرهوا عليه قال المصنف وسنبينه في الاكراه ان شاء الله تعالى واستدل ابن الجوزي في التحقيق للشافعي
واحمد رحمهما الله في عدم انعقاد يمين المكره بما رواه الدارقطني عن واثلة بن الاسقع وابي امامة قالا
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مقهور يمين ثم قال عنبسة ضعيف قال صاحب تنقيح التحقيق
حديث منكر بل موضوع وفيه جماعة لا يجوز الاحتجاج بهم **قوله** ومن فعل المحلوف عليه مكرها او ناسيا
فهو سوا فتجب عليه الكفارة كما لو فعله ذاكرا لليمين مختارا وعن كل من الشافعي واحمد روايتان يحنث ولا
يحنث وهو الاصح عند الشافعي للحديث المذكور مر جوابه في طلاق المكره من كتاب الطلاق وهذا لان الفعل
الحقيقي لا ينعدم بالاكراه وهو الشرط يعني بالشرط السبب لوجوب الكفارة لانه الحنث وهو السبب عندنا
وانما يناسب حقيقته مذهب الشافعي لان السبب عنده اليمين والحنث شرط والحاصل ان الوجوب يثبت
عنده سببا كان او شرطا والنسيان والاكراه لم يعدم وجوده فاستعقب وجوب الكفارة وكذا اذا
فعل المحلوف عليه وهو مغمى عليه او مجنون تلزمه الكفارة فيخرجها وليه او هو اذا افاق لما ذكرنا من تحقق
الشرط اي السبب حقيقة وقوله ولو كانت الحكمة في ايجاب الكفارة رفع الذنب جواب عن سوال مقدر
وهو ان وجوب الكفارة لرفع الذنب الحاصل بالحنث ولا ذنب على الحانث اذا كان مغمى عليه او مجنونا فاجاب
بان الحكمة لا يجب حصولها مع شرع الحكم دايما بل يناط بمظنتها وهو كون شرع الحكم مع الوصف يحصل مصلحة
او يدفع ضررا كما في الاستبرا شرع وجوبه مع الملك المولد بالقبض يحصل معه دفع مفسدة اشتباه
النسب فادير على نفس الشرا مع القبض سوا كان ذلك الوهم حاصلا او لا كما في شرا الامة الصغيرة التي لم
تبلغ حد البلوغ واما قولهم كما في شرا الامة البكر ومن المراة فليس بصحيح لان التوهم حاصل لجواز حبل البكر
ومملوكه المراة على ان كونها لدفع الذنب دايما ممنوع بل لتوفير تعظيم الاسم ان ينعقد على امر ثم يحلف عنه
مجانا للعلم بذلك في موضع يجب فيه الحنث او يندب والله اعلم

باب ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا

قوله واليمين بالله او باسم اخر من اسمايه تقييد لفظة اخر ان المراد بالله اللفظ
فشامل والاسم الاخر كالرحمن الرحيم ومنه والذي لا اله الا هو ورب السموات والارض ورب العالمين
ومالك يوم الدين والاول الذي ليس قبله شيء والاخر الذي ليس بعده شيء واذا قالوا في قوله والطالب
الغالب انه يمين لانه تعارف اهل بغداد به لزم اما اعتبار العرف فيما لم يسمع من الاسماء من الكتاب والسنة
فان الطالب لم يسمع بخصوصه بل الغالب وقوله تعالى والله غالب على امره واما كونه بناء على القول المفصل
في الاسما ويتقيد قوله اخر ان لا بد من كونه اسما خاصا فلو قال واسم الله وهو عام يقتضي ان لا يكون يمينا
والمنقول لو قال باسم الله ليس بيمين وفي المنتقى رواية ابن رستم عن محمد انه يمين ظنينا مل عند الفتوى
ولو قال وباسم الله يكون يمينا ذكر في الخلاصة وقوله او بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفا قيد في
الصفة فقط فافاد ان الحلف بالاسم لا يتقيد بالعرف بل هو يمين تعارفوه او لم يتعارفوه هو الظاهر
من مذهب اصحابنا وهو الصحيح وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي وقال بعض مشايخنا كل اسم لا
يسمى به غير الله كالله والرحمن فهو يمين وما يسمى به غير الله كالحكيم والعليم والقادر والعزيز فان اراد
به يمينا فهو يمين وان لم يرد به فليس يمينا ورجحه بعضهم بانه ان كان مستعملا لله سبحانه ولغيره
لا يتعين ارادة احدهما الا بالنية واما الصفة فالمراد بها اسم المعنى الذي لا يتضمن ذاتا ولا يحمل عليها

بهو هو كالعزة والكبرياء والعظمة بخلاف نحو العظيم ففيه يكون الحلف بها متعارفا سواء كان
من صفات الفعل او الذات وهو قول مشايخ ما وراء النهر ولذا قال محمد في قولهم وامانة الله
انه يمين ثم سئل عن معناه فقال لا ادري لانه راهم يحلفون به فحكم بانه يمين ووجهه انه
اراد معنى والله الامين والمراد به الامانة التي تضمنها لفظة الامين كعزة الله التي هي
ضمن العزيز ونحو ذلك وعلى هذا فعدم كون وعلم الله وغضبه وسخطه ورحمته يمينا لعدم
التعارف ويزداد العلم بانه يراد به المعلوم فقول الشيخ ابي المعين في تبصرة الادلة ان
الحلف بالعلم والرحمة والغضب مشروع ان كان مراده الصفة القايمة به ليس على هذا الاصل
بل هو على محاذاة قول القايلين في الاسماء ان كان بحيث يسمى به الله تعالى وغيره ان اراد به الله
كان يمينا والا فيجعل مثله في الصفات المجردة عن الدلالة على الذات ان اريد صفته
القايمة ففي يمين والا فلا ولا يقال مقتضى هذا ان يجري في قدرة الله مثله ان اريد به الصفة
كان يمينا او المقدور على ان يراد بالمصدر ويكون على حذف مضاف اي اثر قدرته لا يكون يمينا وليس
المذهب ذلك لانا نقول انما اعتبر ذلك فيما لم يتعارف الحلف به وقدرة الله الحلف بها متعارف
فينصرف الى الحلف بلا تفصيل في الارادة ولمشايخ العراق تفصيل اخر هو ان الحلف بصفات
الذات يكون يمينا وبصفات الفعل لا يكون يمينا وصفات الذات ما يوصف سبحانه بها ولا يوصف
باضدادها كالقدرة والجلال والكمال والكبرياء والعظمة والعزة وصفات الفعل ما
يصح ان يوصف بها وباضدادها كالرحمة والرضى لوصفه سبحانه بالغضب والسخط وقالوا
ذكر صفات الذات كذكر الذات وذكر صفات الفعل ليس كالذات قيل يقصدون بهذا الفرق
الاشارة الى مذهبهم ان صفات الفعل غير الله والمذهب عندنا ان صفات الله لا هو ولا غيره
وهذا لان الغير هو ما يصح انفكاكه زمانا او مكانا او بوجود ولا يخفى ان هذا اصطلاح محض
لا ينبغي ان يبتني الفقه باعتباره وظاهر قول هولاء انه لا اعتبار بالعرف وعدمه بل صفة
الذات مطلقا يحلف بها تعورف او لا وصفة الفعل لا يحلف بها ولو تعورف وعلى هذا فيلزم
ان سمع الله وبصره وعلمه يكون يمينا على قول هولاء وعلى اعتبار العرف لا يكون يمينا لانه لم يتعارف
الحلف بها وان كانت من صفات الذات وقال بعضهم الاسماء التي لا يسمى بها غيره كرب العالمين
والرحمن ومالك يوم الدين الى اخر ما قدمنا اول الباب يكون الحلف بها يمينا بكل حال وكذا
الصفات التي لا تحتمل ان تكون غير صفاته كعزة الله وعظمته وجلاله وكبريايه وكلامه فينعقد
بها اليمين بكل حال ولا حاجة الى عرف فيها خلافا للاسماء التي تطلق على غيره تعالى كالحي والمؤمن
والكريم يعتبر فيها العرف او نية الحالف وكذا ما يكون من صفته تعالى كعلم الله وقدرته فانه
قد يستعمل في المقدور والمعلوم اتساعا كما يقال اللهم اغفر علمك فينا وكذا صفات الفعل كخلقه
ورزقه ففي هذا جري التعليل بالتعارف وعدمه ووجه الله يمين الا ان اراد الجارحة
قوله الا ان قوله وعلم الله استثناء مراد بصفة من صفاته لكن قيد هناك بقوله التي حلف
بها عرفا فيقتضي ان علمه مما حلف به عرفا فيتناوله الصدر فاخرجه من حكمه بعد دخوله في
لفظه وليس كذلك لانه علله بانه غير متعارف فكان استثناء منقطعا لانه لم يدخل واورد

على تعليله الثاني القدرة فانها تذكر ويراد بها المقدور واجيب بالمنع فان المقدور بالوجود
خرج عن ان يكون مقدورا لان تحصيل الحاصل محال فلم يحتمل ارادته بالحلف وقبل الوجود معدوم
ولا تعارف بالحلف بالمعدوم فلم يكن المراد بالحلف بالقدرة الا الصفة القايمة بذاته تعالى
بخلاف العلم اذا اريد به المعلوم فانه لا يخرج المعلوم عن ان يكون معلوما بالوجود فظهر الفرق
وهذا يوجب ان لا يصح ارادة المقدور بعد الوجود وهو غير صحيح اما وقوعا فقالوا انظر الى
قدرة الله وليس المقصود قطعا الا الموجود واما تحقيقا فلان القدرة في المقدور اذا كان مجازا
لا يمتنع ان يطلق عليه مقدور بعد الوجود باعتبار ما كان فيكون لفظ قدرة في المقدور بعد الوجود
مجازا في المرتبة الثانية نعم الحق ان لا موقع للتعليل الثاني لان تفريع كون الحلف بالعلم ليس يمينا
ليس الا على قول معتبري العرف وعدمه في اليمين فالتعليل ليس الا بعدم التعارف فيه واما الوقوع
على القول المفصل بين صفة الذات وغيرها وجب ان يكون يمينا لان العلم من صفات الذات فلا اثر
بانه يراد بالصفة المنقول على القولين فلا موقع للتعليل به قوله ومن حلف بغير الله تعالى لم
يكن حالفا كالنبي والكعبة لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت متفق
عليه قال وكذا اذا حلف بالقران لانه غير متعارف قال ومعناه ان يقول والنبي والقران
اما اذا حلف بذلك بان قال انا بريء من النبي والقران كان يمينا لان التبري منهما كفر فيكون
في كل منهما كفارة يمين كما ياتي وكذا اذا قال هو بريء من الصلاة والصوم يكون يمينا عندنا
وكذا هو بريء من الاسلام ان فعل كذا وبحرمة شهد الله او لا اله الا الله ليس يمينا ولو رفع
كتاب فقه او حساب فيه البسملة فقال بريء مما فيه لزمته الكفارة ثم لا يخفى ان الحلف بالقران
الان متعارف فيكون يمينا كما هو قول الايمة الثلاثة وتعليل عدم كونه يمينا بانه غيره تعالى لانه
مخلوق لانه حروف وغير المخلوق هو الكلام النفسي منع بان القران كلام الله منزل غير مخلوق ولا يخفى ان
المنزل في الحقيقة ليس الا الحروف المنقضية المنعدمة وما ثبت قدمه استحال عدمه غير انهم اوجبوا
ذلك لان العوام اذا قيل لهم القران مخلوق تعدوا الى الكلام مطلقا فاما الحلف بكلام الله تعالى
فيجب ان يدور مع الحرف واما الحلف بحياة راسك وحياة راس السلطان
فذلك ان اعتقد ان البر فيه واجب يكفر وفي تتمة الفتاوى قال علي الرازي اخاف على من قال بحياتي
وحياتك انه يكفر ولولا ان العامة يقولونه ولا يعلمونه لقلت انه شرك وعن ابن مسعود رضي الله عنه
لان احلف بالله كاذبا احب الي من ان احلف بغيره صادقا قوله والحلف بحروف القسم الى قوله ومذكور
في القران قال تعالى فورب السماء والارض انه لحق والله ربنا ما كنا مشركين وقال تعالى تالله لقد
ارسلنا الاية ومثل للباء بقوله تعالى يا بني لا تشرك بالله ان الشرك لظلم عظيم وفيه احتمال كونه متعلقا بقوله
قبله لا تشرك ثم قالوا الباء هي الاصل لانها صلة الحلف والاصل احلف او اقسم بالله وهي للالصاق
تلصق فعل القسم بالمحلوف به ثم حذف الفعل لكثرة الاستعمال مع فهم المقصود ولاصالتها دخلت في
المظهر والمضمر نحو بك لافعلن ثم الواو بدل منها للمناسبة معنوية وهي ما في الالصاق من الجمع الذي هو
معنى الواو فلكونها بدلا انحطت عنها بدرجة فدخلت على المظهر لا المضمر والتاء بدل عن الواو لانها
من حروف الزيادة ابدلت كثيرا منها كما في تجاه وتخمة وتراث فانحطت درجتين فلم تدخل من المظهر الا

على اسم الله تعالى خاصة هي قوله سالتموتيها. وما روي من قولهم تربي وترب الكعبة لا يقاس عليه وكذا لحالف
فرع قال بسم الله لا افعلن كذا اختلفوا فيه والمختار ليس يمينا لعدم التعارف وعلى هذا بالواو
الا ان نصارى ديارنا تعارفوه فيقولون واسم الله **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله الله
لا افعل كذا لان حذف الفعل من عادة العرب يريد بالحذف الاضمار والفرق ان الاضمار يبقى اثره بخلاف
الحذف وعلى هذا فينبغي ان يكون في حالة النصب الحرف محذوفا لانه لم يظهر اثره وفي حالة الجر مضمر
لظهور اثره وهو الجر في الاسم وقوله ثم قيل ينصب لانتزاع الخافض وقيل يخفض فتكون الكسرة دلالة على
المحذوفة ظاهر في نقل الخلاف في ذلك وهو تبع للمبسوط حيث قال النصب مذهب اهل البصرة والخفض
مذهب اهل الكوفة ونظر فيه بانهما وجهان سايغان للعرب ليس احد ينكر احدهما ليتاتى الخلاف وحكى
الرفع ايضا نحو الله لافعلن على اضمار مبتدأ والاولى كونه على اضمار خبر لان الاسم الكريم اعرف المعارف فهو
اولى بان يكون مبتدأ والتقدير الله قسمي او قسمي الله لافعلن غير ان النصب اكثر في الاستعمال وقوله في النصب
لانتزاع الخافض خلاف اهل العربية بل هو عندهم بفعل القسم لما حذف الحرف اتصل الفعل به الا ان يراد
عند انتزاع الخافض اي بالفعل عنده واما الجر فلا شك انه بالحرف المضمر وهو قليل شاذ في غير القسم
كقوله . اذا قيل اي الناس شر قبيلة . اشارت كليب بالاكف الاصابع اي الى كليب **قوله** وكذا
اذا قال لله لان الباء تبدل بها اي باللام قال تعالى امنتم له امنتم به والقصة واحدة اورد عليه انها لا
تبدل بها بمعنى ان توضع مكانها دالة على عين مدلولها وفي الايتين المعنى مختلف فان امنتم له اي صدقتموه
وانقدتم اليه طاعة وامنتم به لا يفيد تلك الزيادة ولو سلم فكونها وقعت صلة فعل خاص كذلك وهو
امنتم لا يلزم في كل فعل لجواز كون معنى ذلك الفعل يتاتى معنا بها فيه بخلافه في القسم ولا تستعمل اللام
الا في قسم متضمن معنى التعجب كقول ابن عباس دخل ادم الجنة فلله ما غربت الشمس حتى خرج وكقولهم .
لله لا يؤخر الاجل فاستعمالها قسما مجردا عنه لا يصح في اللغة الا ان يتعارف كذلك وقوله في المختار احترازا
عما عن ابي حنيفة انه اذا قال لله على ان لا اكلم فلانا انها ليست بيمين الا ان ينوي لان الصيغة للنذر وتحتمل
معنى اليمين ولم يذكر في كثير من الشروح فائدة هذا الاحتراز لان لفظ في المختار في بعض النسخ لا كلها فكان الواقع
لهم ما ليس هو فيه هذا ولا فرق في ثبوت اليمين بين ان يعرب المقسم به خطأ او صوابا او يسكنه خلافا لما في
المحيط فيما اذا اسكن من انه لا يكون يمينا الا بالنية لان معنى اليمين وهو ذكر اسم الله تعالى للمنع او الحمل معقودا
بما اريد منعه او فعله ثابت فلا يتوقف على خصوصية في اللفظ **قوله** وقال ابو حنيفة اذا قال وحق الله
فليس بحالف وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه اي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يكون
يمينا يعني اذا اطلق لان الحق من صفات الله تعالى وقد عد في اسمائه الحسنى وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم
وهو حقيته اي كونه تعالى ثابت الذات موجودها فكانه قال والله الحق والحلف به متعارف فوجب
كونه يمينا وهذا قول الائمة الثلاثة حتى قال احمد لا يقبل قوله يعني في عدم اليمين لانه انصرف بعرف
الاستعمال الى اليمين فانصرف الحق الى ما يستحقه لنفسه من العظمة والكبرياء فصار كقدرة الله **قوله** ولهما انه
اي حق الله يراد به طاعة الله اذ الطاعات حقوقه وصار ذلك متبادرا شرعا وعرفا حتى كانه حقيقته
حيث لا يتبادر سواه اذ يعلم انه لا يخطر من ذكره وجوده وثبوت ذاته والحلف بالطاعات حلف بغيره
وغير صفته فلا يكون يمينا والمعدود من الاسماء الحسنى هو الحق المقرون باللام وهذا الوجه من التقرير

اندفع ترجيح بعضهم القول بانه يمين بانه تقدم ان ما كان من صفات الله يعتبر به عن غيرها يعتبر فيه
العرف وبه يحصل الفرق بين علم الله وقدرته واذا كان الحلف بقدرة الله يمينا للتعارف فحق الله كذلك
للتعارف فان التعارف يعتبر بعد كون الصفة مشتركة في الاستعمال بين صفة الله وصفة غيره وقد بينا
ان لفظ حق لا يتبادر منه ما هو صفة لله بل ما هو من حقوقه فصار نفس وجوده ونحوه كالحقيقة
المهجورة واما الاستدلال على انه يراد به الطاعات بقول السائل للنبي صلى الله عليه وسلم ما حق الله
على العباد فقال ان لا يشركوا به شيئا الى اخره كما وقع لبعض الشارحين فليس بشيء لان صلته بلفظ على العباد
بين المراد بالحق انه غير وجوده وصفته والكلام في لفظ حق غير مقرون بما يدل على احد المعنيين
بخصوصه فليس الوجه الا ما ذكرنا **قوله** ولو قال والحق يكون يمينا اي بالاجماع كذا ذكره غير واحد
واعترضه شارح بان الحق بالتعريف يطلق على غيره تعالى كقوله تعالى فماذا بعد الحق الا الضلال فلما
جاءهم الحق من عندنا فكيف يكون يمينا بلا خلاف لكن جوابه انه ان نوى اليمين باسم الله تعالى يكون
يمينا والا فلا انتهى وانت علمت انه اذا ثبت كونه اسما له تعالى لا يعتبر فيه النية وان اطلق على
غيره وانما ذلك القول المقابل للمختار واما على القول المفصل بين ان يريد به اليمين وان لا يريد
فالحق يتبادر منه ذاته تعالى فصار غيره مهجورا الا بدليل وبه يندفع قول ابي نصر ان نوى بالحق
اليمين كان يمينا والا فلا ولا يلزم بطلان قول من حكى الاجماع من الشارحين لانه يريد اجماع علمائنا
الثلاثة فانه لا عبرة بخلاف غير المجتهدين في انعقاد الاجماع ولو قال حقا او قال الحق على ان اعطيك
كذا ونحوه لا يكون يمينا لان الحق من اسمائه تعالى فينعقد به اليمين والمنكر يراد به تحقيق الوعد وما
نقل عن الشيخ اسماعيل الزاهد والحسن بن ابي مطيع انه يمين لانه لم يضفه الى الله تعالى فصار كالحق
مردود بان المنكر ليس اسما لله تعالى ومن الاقوال الضعيفة ما قال البلخي ان قوله حق الله يمين لان الناس
يحلفون به وضعفه لما علمنا انه مثل وحق الله بالاضافة وعلمت المغايرة فيه وانه ليس يمينا فكذا حق الله
قوله ولو قال اقسم الى اخره اذا حلف بفعل القسم فاما بلفظ الماضي او المضارع وكل منهما اما
موصول باسم الله تعالى او بصفته او لا فاذا كان ماضيا موصولا بالاسم مثل حلفت بالله او اقسمت
او شهدت بالله لا افعلن وكذا عزمت بالله لا افعلن فهو يمين بلا خلاف واذا كان مضارعا مثل اقسم بالله
او اعزم بالله الى اخره فكذلك عندنا وعند الشافعي رحمه الله لا يكون يمينا الا بالنية لاحتمال ان يريد
به المستقبل وعدا ووجه قولنا ان هذه الصيغة حقيقة في الحال ومجاز في الاستقبال على ما
تقدم في العتق للمصنف ولهذا لا ينصرف اليه الا بقرينة السين ونحوه توجب صرفه الى حقيقته
واما الاستشهاد بان في العرف كذلك كقولهم اشهد ان لا اله الا الله ففيه نظر لان ذلك بدلالة
الحال للعلم بان ليس المراد الوعد بالشهادة وكذا قول الشاهد اشهد بذلك عند القاضي ليس فيه
دليل على انه في نفسه لذلك عرفا لجواز ان يقال في المستقبل ويستعمل للحال بقرينة حالية او مقالية
كالتقييد بلفظ الان ونحوه وان ذكره من غير ذكر اسمه تعالى فيهما مثل احلف لا افعل او اقسم او اشهد
او اعزم او حلفت فعندنا هو يمين نوى او لم ينو وهو رواية عن احمد وقال زفر ان نوى يكون يمينا
والا لا وقال الشافعي ليس بيمين نوى او لم ينو وهو رواية اخرى عن احمد وقال مالك اذا نوى اليمين
بقوله اقسم بالله الى اخره يكون يمينا وان اطلق فلا وجه قوله ظاهر ان اقسم يحتمل ان يكون بالله او بغيره فلا يكون يمينا

وكذا احتمل العدة والانشاء للحال فلا يتعين يمينا كذا قيل وانما يشهد لقول القايل ان نوى كان
يمينا والا فلا وجوابه ما ذكر المصنف من انه حقيقة في الحال فانصرف اليه ومن ان الحلف بالله هو
المعهود المشروع وبغيره محظور فصرف اليه اي الى الحلف بالله ولهذا قيل لا يحتاج الى النية وقيل
لابد من النية لاحتمال العدة اي لاحتمال استعماله في المستقبل ولاحتمال اليمين بغير الله تعالى فقد حكى
المصنف وغيره هذا الخلاف صريحا في المذهب ومنهم من صرح بانه اذا لم يذكر المقسم به يكون يمينا عند
علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو يعني اذا نوى اليمين او لم ينو شيا اما اذا نوى غيره فلا شك انه لا يكون
يمينا فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يكون حالفا لمن يستحق عليه اليمين شرعا فان اليمين على نية المستحلف
لا الحالف حينئذ وقد وقع في هذه المسئلة خبط في موضعين اشدهما في الحكم وهو توهم صاحب النهاية
ان مجرد قول القايل اقسم او احلف موجبا للكفارة من غير ذكر محلوف عليه ولا حنث اذا ورد السوال القايل اليمين
ما كان حاملا على شيء او تركه وعند قوله انه موجبا للكفارة على وجه الخلافه فقوله اقسم هنا اليمين موجبا شيا من البر
بمجرده لانه لم يعقد يمينا على فعل شيء او تركه فكيف يكون يمينا ولان الكفارة لستر ذنب هتك حرمة الاسم
وليس في اقسم مجردا هتك فكيف يوجب الكفارة. ثم اجاب بان اقسم الحق بقوله على يمين فان ذلك موجب
للكفارة ذكره في الذخيرة وغيرها فقال قال علي يمين او يمين الله فهو يمين. وفي المنتقى لو قال علي يمين لا كفارة لها
تجب الكفارة وان نفى الكفارة صريحا لان قوله علي يمين الله لما كان موجبا للكفارة لا يفيد قوله لا كفارة
لها ثم قال وانما كان كذلك لان كلمة على للايجاب فلما كان كذلك كان هذا اقرارا عن موجب اليمين وموجبها
البر ان امكن والا فالكفارة ولم يكن تحقيق البر هنا لانه لم يعقد يمينه على شيء فكان اقرارا عن الموجب الاخر
وهو الكفارة على وجه الخلاف وبالاقرار يجب الحد فكذا الكفارة وكذا في قوله علي نذر وفيه كفارة يمين
على ما يجي بعد هذا فلما كان كذلك في قوله علي يمين وعلي نذر كان في قوله اقسم عند قران النية بالقسم كذا
لان اصله للحال في استعمال الفقهاء ثم قال وحاصل ذلك ان قوله اقسم لما كان عبارة عن الاقرار بوجوب الكفارة
لم يحتج الى وجوب البر ابتدا ولا الى تصور هتك حرمة الاسم وقد شنع على هذا بان اليمين لذكر المقسم عليه
وما ذكر في الذخيرة من ان قوله علي يمين موجب للكفارة معناه اذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين
ولا شك في ذلك وانما ترك ذلك للعلم به فان المقصود الذي يحتمل ان يخفى هو ان قوله علي يمين هل يجري
مجرى قول القايل والله او لا فاما ان مجرد ذكر ذلك يحتمل ان يجب الكفارة فلا خفاء فيه ليحتاج الى
التنصيص عليه. الا ترى ان قول محمد في الاصل وان حلف بالله او باسم من اسمايه او قال والله او بالله او علي
عهد الله او ذمته او يهودي او نصراني او بري من الاسلام او قال اشهد او اشهد بالله او احلف او احلف
بالله او اقسم او اقسم بالله او علي نذر او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او علي يمين او يمين الله فادعى ذلك
ثم قال فهذه كلها ايمان واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا او كذا فحنث وجبت عليه الكفارة وقد ذكر منها
هو يهودي او نصراني وان يقول والله وبالله وتالله وحكم على كل منها انه يمين ولم يلزم من ذلك ان مجرد
قوله هو يهودي تلزمه الكفارة ثم صرح باشتراط الحنث في كل منها لزوم الكفارة كما سمعت قوله واذا
حلف بشيء منها ليفعل كذا وكذا فحنث وجبت الكفارة ولان من الظاهر ان مجرد الاقرار بوجوب الكفارة
لا يوجب الكفارة الا ان كان في القضا لانه يواخذ باقراره وليس الكلام في ان يقول اقسمت عند القاضي
بل لو اقر به كان سبيله ان يفتيه بقوله ان كنت صادقا فعليك الكفارة وانما الكلام في الحنث في اليمين وهو

الانشا والحق ان قوله علي يمين اذا لم يزد عليه على وجه الانشا لا الاخبار يوجب الكفارة بنا على انه التزم
الكفارة بهذه العبارة ابتداء كما ياتي في قوله علي نذر اذا لم يزد عليه فانه مثله من صيغ النذر و
لم يكن كذلك في خلاف احلف واشهد ونحوهما ليستا من صيغ النذر فلا يثبت به الا التزام ايتكم
والموضع الاخر اسند لا لصاحب النهاية وغيره معه على ان مجرد قوله احلف او اقسم يمين بقوله تعالى
يحلفون لكم لترضوا عنهم وقوله اذا اقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يخفى على احد ان قوله اقسموا اخبار عن
وجود قسم منهم وهولاء يستلزم ان ذلك القسم كان قولهم نقسم ليصرمنها فانهم لو قالوا والله لنصرمنها
مصبحين لصح ان يقال في الاخبار عنهم اقسموا ليصرمنها ومثله في يحلفون لكم لترضوا عنهم لا يلزم كون
حلفهم كان بلفظ الحلف اصلا فضلا عن لفظ الحلف بلا ذكر اسم الله تعالى. وانما استدل لذلك بحديث
الذي راى رويا فقصها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ابو بكر ائذن لي فلاعبرها فاذن له
فعبرها ثم قال اصبت يا رسول الله فقال اصبت واخطات فقال اقسمت يا رسول الله لتخبرني فقال
لا تقسم هكذا رواه احمد وهو في الصحيحين بلفظ اخر **قوله** ولو قال بالفارسية سوكند مي خورم
غداي يكون يمينا لانه للحال لان معناه احلف الان بالله ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه
مستقبل ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم يعني احلف بطلاق زوجتي لا يكون يمينا لعدم التعارف في
الطلاق كذلك **قوله** وكذا قوله لعمر الله وايم الله يعني يكون حالفا كما هو حالف في اقسم بالله واخواته
لان عمر الله بقاوه وفيه ضم العين وفتحها الا انه لا يستعمل المضموم في القسم ولا يلحق المفتوحة الواو
في الخط بخلاف عمرو والعلم فانها الحقت لتفرق بينه وبين عمر والبقا من صفة الذات على ما مر من قاعدته
وهو ان يوصف به لا بضده فكانه قال وبقاء الله كقدرة الله وكبريايه واذا دخل عليه اللام رفع على
الابتداء وحذف الخبر اي لعمر الله قسمي وان لم تدخله اللام نصب نصب المصادر فتقول عمر الله ما فعلت
ويكون على حذف حرف القسم كما في الله لافعلن واما قولهم عمرك الله ما فعلت فمعناه باقرارك له بالبقا
وينبغي ان لا ينعقد يمينا لانه حلف بفعل المخاطب وهو اقراره واعتقاده واما ايم الله فمعناه ايمن الله
وهو جمع يمين على قول الاكثر فخفف بالحذف حتى صار ايم الله ثم خفف ايضا فقيل م الله لافعلن كذا
فيكون يمينا واحدة ولهذا نفي سيبويه ان يكون جمعا لان الجمع لا يبقى على حرف واحد ويقال م الله
بضم الميم والنون وفتحهما وكسرهما وهمزة ايمن الله بالقطع وان وصلت في الوصل تخفيفا لكثرة الاستعمال
ومذهب سيبويه انها همزة وصل اجتلبت ليمكن بها النطق كهمزة ابن وامرئ من الاسماء الساكنة
الاوايل وانما كانت كل منهما يمينا لان الحلف بهما متعارف قال تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون
وقال عليه الصلاة والسلام في حديث امارة اسامة بن زيد حين طعن بعض الناس في امارته ان كنتم
تطعنون في امارته فقد كنتم تطعنون في امرة ابيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا للامارة الحديث
في البخاري **قوله** وكذا قوله وعهد الله وميثاقه يمين اذا اطلق عندنا وكذا عند مالك واحمد
واحمد وعند الشافعي لا يكون يمينا الا بالنية لان العهد والميثاق يحتمل العبادات فلا يكون يمينا بغير النية
وقوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان لا يفيد ان العهد يمين لجواز كونهما
شيئين لا امر بالايفاء بالعهد والنهي عن نقض الايمان المؤكدة باي معنى فرض النقض فاستدلالهم به على
انها يمين لا يتم وهذا لان ايجاب الوفا بالعهد لا يستلزم ايجاب الكفارة بخلاف ما عقد عليه الا لو ثبت

في مكان آخر في الشرع انه كذلك قلنا ان اهل التفسير لما جعلوا المراد بالايمان هي العهود المتقدم
ذكرها او ما هو في ضمنها وجب الحكم باعتبار الشرع اياها يمينا وان لم يكن حلفا بصفات الله كالحكم
بان اشهد يمين وان لم يكن فيه ذلك وايضا غلب الاستعمال لها في معنى اليمين فيصرف اليه فلا يصرف
عنه الا بنية عدمه فالحالات ثلثة اذا نوى اليمين او لم ينو يمينا ولا غيره وان قصد غير اليمين فليس
بيمين فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الذمة والامانة كان يقول وذمة الله او امانة الله لافعلن واستدل
على كونه يمينا بانه عليه السلام كان اذا بعث جيشا يقول اذا حاصرتم اهل حصن او مدينة فارادوكم على ان
تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم فدل على انها يمين ولا يخفى انه لا يستلزم ذلك والميثاق
بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا يسمى الذمي معاهدا والامانة في هذا الخلاف فعندنا ومالك واحمد
هو يمين وعند الشافعي بالنية لانها فسرت بالعبادات قلنا غلب ارادة اليمين بها اذا ذكرت بعد حرف القسم
فوجب عدم توقفها على النية للعادة الغالبة واعلم ان في سنن ابي داود من حديث بريدة عنه عليه السلام
من حلف بالامانة فليس منا فقد يقال انه يقتضي عدم كونه يمينا والوجه انه انما يقتضي منع الحلف به
ولا يستلزم ذلك انه لا يقتضي الكفارة عند الحنث والله اعلم ولو قال علي عهد الله وامانته وميثاقه
ولا نية له فهو يمين عندنا ومالك واحمد ولو حنث لزمه كفارة واحدة وحكي عن مالك يجب عليه بكل
لفظ كفارة لان كل لفظ يمين بنفسه وهو قياس مذهبنا اذا ذكر الواو كما لو قال والله والرحمن والرحيم
الا في رواية الحسن عن ابي حنيفة وعند الشافعي اذا قصد بكل لفظ يمينا تعددت الايمان والا يكون الجمع
بين الالفاظ للتوكيد فتجب كفارة واحدة قلنا الواو للعطف وهو موجب للمغايرة **قوله** وكذا اذا قال
علي نذر او علي نذر الله يعني يكون يمينا اذا ذكر المحلوف عليه بان قال علي نذر الله لافعلن او لا افعل كذا
حتى اذا لم يف بما حلف عليه لزمه كفارة يمين هذا اذا لم ينو بهذا النذر المطلق شيئا من القرب كحج او صوم
فان كان نوى بقوله علي نذر ان فعلت كذا قربة مقصودة يصح النذر بها فعليه لزمه تلك القربة قال
الحاكم وان حلف بالنذر فان نوى شيئا من حج او عمرة فعليه ما نوى وان لم يكن له نية فعليه كفارة يمين ولا
شك ان قوله عليه الصلاة والسلام من نذر نذرا لم يسمه فكفارته كفارة يمين رواه ابو داود من حديث
ابن عباس رضي الله عنهما موجب فيه الكفارة مطلقا الا انه لما نوى بالمطلق في اللفظ قربة معينة كانت
كالمسماة لانها مسماة بالكلام النفسي فانما ينصرف الحديث الى ما لا نية معه من لفظ النذر فاما اذا قال
علي نذر او نذر الله ولم يزد على ذلك فقد لم يجعله يمينا لان اليمين انما تتحقق بمحلوف عليه فالحكم فيه ان
تلزمه الكفارة فيكون هذا التزام الكفارة ابتداء بهذه العبارة فاما اذا ذكر صيغ النذر بان يقول لله علي
كذا صلوة ركعتين مثلا او صوم يوم مطلقا عن الشرط او معلقا به او ذكر لفظ النذر مسمى معه المنذور
مثل لله علي نذر صوم يومين معلقا او منجزا فسياتي في فصل الكفارة فظهر الفرق بين صيغة النذر ولفظ
النذر **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر يكون يمينا فاذا فعله لزمه كفارة يمين
قياسا على تحريم المباح فانه يمين بالنص وذلك انه عليه السلام حرم مارية على نفسه فانزل الله يا ايها النبي
لم تحرم ما احل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم ووجه الالحاق انه لما جعل الشرط وهو فعل كذا علما
على الكفر ومعتقده حرمة الكفر فقد اعتقده اي الشرط واجب الامتناع فكانه قال حرمت على نفسي فعل كذا كدخول
الدار ولو قال لدخول الدار مثلا علي حرام كان يمينا فكان تعليق الكفر ونحوه على فعل مباح يمينا اذا عرف هذا

فلو قال ذلك لشيء قد فعله كان قال ان كنت قلت كذا فهو كافر وهو عالم انه قد قال فهي يمين الغموس
لا كفارة فيها الا التوبة وهل يكفر حتى يكون التوبة اللازمة عليه التوبة من الكفر وتجديد الاسلام لا
وقيل نعم لانه تنجيز معنى لانه لما علقه بامر كائن فكانه قال ابتداء هو كافر والصحيح انه ان كان يعلم انه يمين
فيه الكفارة اذا لم يكن غموسا لا يكفر وان كان في اعتقاده انه يكفر به يكفر فيهما لانه رضي بالكفر حيث اقدم
على الفعل الذي علق عليه كفره وهو يعتقد انه يكفر اذا فعله واعلم انه ثبت في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام
انه قال من حلف على يمين بملة غير الاسلام كاذبا متعمدا فهو كما قال فهذا يتراءى اعم من ان يعتقده يمينا او كفرا
والظاهر انه اخرج مخرج الغالب فان الغالب ممن يحلف بمثل هذه الايمان ان يكون من اهل الجهل لا من اهل
العلم والخير وهؤلاء لا يعرفون الا لزوم الكفر على تقدير الحنث فان تم هذا والا فالحديث شاهد لمن اطلق
القول بكفره **قوله** ولو قال ان فعلت كذا فعليه غضب الله او سخطه فليس بحالف لانه دعا على نفسه ولا
يتعلق بالشرط اي لا يلزم سببية الشرط غاية الامر ان يكون نفس الدعاء معلقا بالشرط فكانه عند الشرط
دعا على نفسه ولا يستلزم وقوع المدعو بل ذلك يتعلق باستجابة دعائه ولانه غير متعارف وكذا اذا قال
ان فعلت كذا فهو زان او سارق او شارب خمر او آكل ربا لا يكون يمينا اما اولا فلان معنى اليمين ان يعلق ما يوجب
امتناعه عن الفعل بسبب لزوم وجوده عند الفعل وليس بمجرد وجود الفعل يصير زانيا او سارقا
لانه لا يصير كذلك الا بفعل مستانف يدخل في الوجود ووجود هذا الفعل ليس لازما لوجود المحلوف
عليه حتى يكون موجبا امتناعه عنه فلا يكون يمينا بخلاف الكفر فانه بالرضي به يكفر من غير توقف على
اخر او اعتقاد والرضي يتحقق بمباشرة الشرط فيوجب عنده الكفر لولا قول طائفة من العلماء بالكفارة واما
ثانيا فلان حرمة هذه الاشياء تحتمل السقوط وهو المراد بقوله تحتمل النسخ والتبديل اما الخمر فظاهر
واما السرقة فعند الاضطرار الى اكل مال الغير وكذا اذا اكرهت المراة بالسيف على الزنا وحرمة الاسم
لا تحتمل السقوط فلم تكن حرمة هذه الاشياء في المعنى حرمة الاسم وهذا فيه نظر لان كون الحرمة
تحتمل الارتفاع او لا تحتمله لا اثر له فانه ان كان يرجع الى تحريم المباح فهو يمين مع ان ذلك المباح تحتمل
حرمة الارتفاع وان لم يرجع اليه لا يكون يمينا ولا معنى لزيادة كلام لا دخل له ولانه ليس متعارف
ان يقال ان فعلت فانا زان فلا يكون يمينا فروع في تعدد اليمين ووحدته وغير ذلك
اذا عدد ما يحلف به بلا واو ومع اختلاف اللفظ او عدم اختلافه فهو يمين واحدة كان يقول والله
الرحمن الرحيم او يقول والله الله الا ان تخليل هذا بانه جعل الثاني نعتا للاول او يبدل وكذا بلا اختلاف
مع الواو نحو والله والله او هو بريء من الله ورسوله وان كان بواو في الاختلاف نحو والله والرحمن والرحيم
تعددت اليمين بتعددها وكذا بواوين مع الاتحاد نحو والله ووالله فيتفرع انه لو قال والله والله
والرحمن انها ثلاثة ايمان او هو بريء من الله وبريء من رسوله فيمينان حتى لو قال هو بريء من الله
وبريء من رسوله والله ورسوله منه بريئان ان فعل فهو اربعة ايمان فيلزمه لفعل ما سماه اربع كفارات
هذا كله ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة ان عليه في المختلفة كفارة واحدة لان الواو كالواو
بين الاسماء للقسم لا للعطف وبه اخذ مشايخ سمرقند واكثر المشايخ على ظاهر الرواية فلو قال بواوين
كوالله ووالرحمن فكفارتان في ظاهر وروى ابن سماعة في غير المختلفة عن محمد نحو والله والله مطلقا هذا
قبل ذكر الجواب اما لو قال والله لا افعل كذا ثم اعاد بعينه فكفارتان وكذا لو قال لامراته والله لا اقربك

ثم قال والله لا افعله فعل بها مرة لزمه كفارتان روي ذلك عن ابي يوسف وسواء كان ذلك في مجلس او مجا
وروي الحسن انه ان نوي بالثاني الخبر عن الاول صدق ديانة وهي عبارة متساهل فيها وان المراد ان
يريد بالثاني تكرار الاول وتاكيده واختيار هذا الامام ابو بكر محمد بن الفضل قال فان نوي به المبالغة
او لم ينو شيا يلزمه كفارتان وفي التجريد عن ابي حنيفة اذا حلف بايمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجا
لس فيه سوا ولو قال عنيت بالثاني الاول لم يستقيم في اليمين بالله ولو حلف بحجة او عمرة يستقيم وهذا
يخالف ما روي الحسن وفي الخلاصة عن نسخة السرخسي في ايمان الاصل اذا حلف على امر لا يفعله
ثم حلف في ذلك المجلس او في مجلس اخر ان لا يفعله ابدا ثم فعله ان نوي يمينا مبتدا او التشديد او لم ينو
فعليه كفارة يمين اما اذا نوي بالثاني الاول فعليه كفارة واحدة وقدمنا في الايلاء لو قال والله
لا اكلم فلانا يوما والله لا اكلمه شهرا والله لا اكلمه سنة ان كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة ايمان لانه
انعقد على تلك الساعة ثلاثة ايمان يمين اليوم ويمين الشهر ويمين الساعة فعليه اذا كلمه بعد ساعة
ثلاث كفارات وان كلمه بعد يوم فعليه كفارتان لان يمين اليوم انحلت قبله فبقي على ذلك اليوم يمينان
وان كلمه بعد شهر فكفارة واحدة وان كلمه بعد سنة فلا شي عليه وعرف في الطلاق انه لو قال ان دخلت
فانت طالق ان دخلت فانت طالق ان دخلت فانت طالق وقع عليه ثلاث تطليقات وما في الاصل
من انه اذا قال هو يهودي هو نصراني ان فعل كذا فهو يمين واحدة ولو قال هو يهودي ان فعل كذا
هو نصراني ان فعل كذا فهما يمينان يفيدان في مثله تعدد اليمين منوط بتكرر المحلوف عليه مع تكرر الالة
بالكفر ولو قال بري من الكتب الاربعة فيمين واحدة ولذا لو قال هو بري من التوراة والانجيل والزبور
والفرقان فهي يمينا واحدة ولو قال هو شريك اليهودي فهو كقوله يهودي ولو قال هو بري
من التورية وبري من الانجيل وبري من الفرقان وبري من الزبور فهو اربعة ايمان ولو قال بري من
هذه الثلاثين يوما يعني شهر رمضان ان اراد عن فرضيتها يكون يمينا او عن اجرها او لم ينو شيا
لا يكون يمينا والاحتياط هو يمين ولو قال بري من الصلوة التي صليتها وحنث لا يلزمه شي بخلاف قوله
من القران الذي تعلمت واختلف في بري من الشفاعة وفي مجموع النوازل الاصح انه ليس بيمين ولو قال
دخلت الدار امس فقال نعم فقال له والله لقد دخلتها فقال نعم فهو حالف وروي بشر عن ابي يوسف
قال لاخر ان كلمت فلانا فعبدك حر فقال نعم الا باذنك فهذا ان كلمه بغير اذنه يحنث ولو قال رجل لاخر
الله لتفعلن كذا او والله لتفعلن كذا فقال الاخر نعم فان اراد المبتدي الحلف وكذا المجيب فهما حالفان
على كل منهما كفارة ان لم يفعل المجيب لان قوله نعم جواب وهو يستدعي اعادة ما في السوال فكانه قال
نعم والله لافعلن كذا وان نوي المبتدي الاستحلاف والمجيب الحلف فالمجيب هو الحالف وان لم ينو
كل منهما شيا فالحالف هو المجيب في قوله الله وفي قوله والله بالواو فالحالف هو المبتدي وان اراد
المبتدي الاستحلاف فاراد المجيب ان لا يكون عليه يمين وان يكون قول قوله نعم وعدا بلا يمين فهو كما
نوي ولا يمين على واحد منهما ولو قال بالله فهو كقوله والله في جميع ذلك ولو قال لمديونه ان لم تقض
ديني غدا فامراتك طالق فقال المديون نعم فقال له الرجل نعم فقال نعم واراد جوابه يلزمه
اليمين ثانيا فتطلق ثنتين وان دخل بينهما انقطاع في الفتاوي وفي مجموع النوازل قال لاخر والله لا اجي
الي ضيافتك فقال الاخر ولا تجي الي ضيافتي فقال نعم يصير حالفا ثانيا **فصل في الكفارة**

الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه اشتمل
به واضافتها الي اليمين في قولنا كفارة اليمين اضافة الي الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الي السبب
فاليمين هو السبب وسيذكر المصنف المسئلة **قوله** كفارة اليمين عتق رقبة اي اعتاقها لا نفس
العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوي عن الكفارة لا يجوز ويجزئ فيها ما يجزئ في الظهار وتقدم
المجزئ في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثي والصغيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة
بخلاف غيره فيجزئ العورا لا العميا ومقطوع احد اليدين واحد الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما
من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا
صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق وفيمن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وام الولد لانهما
لا استحقا فيهما الحرية نقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يود شيا يجوز بخلاف الذي ادي بعض
شي لانه كالمعتوق بعوض وان شاء كسي عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كساه ثوبين او ثلثة فهو
افضل وادناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف
صاع من بر او صاع من تمر او شعير ذكره الكرخي باسناده الي عمر رضي الله عنه قال صاع من تمر او شعير
او نصفه من بر وباسناده الي علي رضي الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده
الي الحسن رضي الله عنه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الي مجاهد قال كل كفارة في القران نصف صاع
من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم او فوقه سنا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز ان يغديهم
ويعشيهم خبزا الا انه ان كان برا لا يشترط الادام وان غيره فبادام ويجزئ في الاطعام كل من التمليك
والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم
او كسوتهم او تحرير رقبة وكلمة او للتخيير فكان الواجب احد الاشيا الثلثة وللعبد الخيار في تعيين ايها شا
ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول ودخل فيمن لم يقدر على العتق والكسوة
والاطعام العبد فلا يكون كفارة يمينه الا بالصوم ولو اعتق عنه مولاه او اطعم او كسي لا يجزئه وكذا
المكاتب والمستسعي ولو صام العبد فعتق قبل ان يفرغ ولو بساعة فاصاب مالا وجب عليه استيناف
الكفارة بالمال **قوله** وان لم يقدر على احد الاشيا الثلاثة من الاعتاق والكسوة والاطعام
كان عليه صوم ثلاثة ايام متتابعات وقال الشافعي يخير بين التتابع والتفريق لاطلاق النص وهو
قوله تعالى فصيام ثلاثة ايام وهو قول مالك وفي قول اخر شرط التتابع كقولنا وهو ظاهر مذهب احمد
ولنا قراة ابن مسعود رضي الله عنه فصيام ثلثة ايام متتابعات وهي كالخبر المشهور لشهرتها على ما
قيل الي زمن ابي حنيفة رضي الله عنه والخبر المشهور يجوز تقييد النص القاطع به فيقيد ذلك المطلق
به فان قيل الشافعي كان اولي بذلك منكم لانه يحمل المطلق على المقيد وان كانا في حادثتين وانتم تحملونه في
حادثة ثم انكم جريتم على موجب ذلك هنا وتركتموه في صدقة الفطر في قوله ادوا عن كل حر وعبد
وقوله ادوا عن كل حر وعبد من المسلمين اجيب عنا بانا انما نحمل في الحادثة الواحدة للضرورة
ويستحيل ان يكون الفعل الواحد مطلوبا بقيد زايد على المطلق وبقيد اطلاقه للتنافي بينهما فان
الاول يقتضي ان لا يجوز الا مقيدا لتتابع ولا يجوز التفريق والثاني يقتضي جوازه مفرقا والجواز منافي
واذا اوجب القيد الاول لزمه انتفا الثاني فلزم الحمل ضرورة وهذه الضرورة منتفية في صدقة الفطر

لورود النصين المطلق والمقيد في الاسباب ولا منافاة في الاسباب فيكون كل من المطلق والمقيد سببًا
وهذا كلام يحتاج الى التحقيق وتحقيقه ان الحمل لم يجب الا لضرورة وهي المعارضة بين المطلق والمقيد
ولا معارضة بينهما الا لو قالوا بمفهوم المخالفة فانه حينئذ يكون الحاصل من المطلق ان ملكه العبد
سبب لوجوب الاداء عنه مسلمًا كان او كافرًا والحاصل من المقيد ملك العبد المسلم سبب وغير المسلم ليس
سببًا لفرض دلالة المفهوم فيتعارضان في غير المسلم فاذا فرض تقديم المفهوم على الاطلاق لزم انتفاء
سببية غير المسلم ولزم ان المراد المسلم فقط هو السبب وهو الحمل ضرورة لكنا لما لم نقل به مقتضى المطلق
بلا معارض وهو ان المسلم وغيره سبب واجابوا ائمة الشافعي رحمه الله تعالى بان هذه الكفارة
تجاذبها اصلان في التتابع وعدمه فحمل المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة القتل بوجوب التتابع
وحمله على صوم المتعة بناء على انه عنده دم جبر يوجب التفريق وترك الحمل على كل منهما للتعارض وعمل باطلاق
نص الكفارة **قوله** ثم المذكور في الكسوة في الكتاب اي المبسوط ومختصر القدوري في بيان ادنى الكسوة
المسقطة للواجب من انه ما يجوز فيه الصلاة مروي عن محمد رحمه الله فيجزيه دفع السراويل وعنه
تقييده بالرجل فان اعطى السراويل امرأة لا يجوز لانه لا يصح صلاتها فيه وعن ابي حنيفة وابي يوسف ان
ادناه ما يستر عامة بدنه ولا تجوز السراويل على هذا وهو الصحيح لان لابس السراويل يسمى عريانًا عرفًا
فعلى هذا لابد ان يعطيه قميصًا او جبة او رداء او قباء او ازارًا سابلًا بحيث يتوشح به عند ابي حنيفة
وابي يوسف والا فهو كالسراويل ولا تجزي العمامة الا ان امكن ان يتخذ منه ثوب يجزي بما ذكرنا جاز واما
القلنسوة فلا تجزي بحال وان كان قد روي عن عمران بن الحصين انه سئل عن ذلك فقال اذا قدم
وفد على الامير فاعطاهم قلنسوة قلنسوة قيل قد كساهم فلا عمل على هذا وعن ابن عمر رضي الله عنه
لا يجزي اقل من ثلثة اثواب قميص ومئزر ورداء وعن ابي موسى الاشعري ثوبان قال الطحاوي وهذا
كله اذا دفع الى الرجل اما الى المرأة فلابد من خمار مع الثوب لان صلاتها لا تصح دونه وهذا يشابه الرواية
التي عن محمد في دفع السراويل انه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما يثبت
به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بني عدم اجزاء السراويل لا صحة الصلوة وعدمها فانه لا دخل
لها في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيًا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصًا سابلًا
وازارًا وخمارًا اعطى رأسها واذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح
صلوتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلوة اولا ثم اعتبار الفقر والغنا عندنا عند ارادة التكفير
وعند الشافعي عند الحنث فلو كان موسرًا عند الحنث ثم اعتقه عند التكفير اجزاه الصوم عندنا وفي عكسه
لا يجزيه وعند الشافعي على القلب قاسه على الحد فان المعتبر وقت الوجوب للتنصيف بالرق وقلنا الصوم
خلف عن المال كالتيمم فانما يعتبر فيه وقت الاداء اما حد العبد فليس ببدل عن حد الحر فلا يصح قياسه عليه
قوله لكن ما لا يجزيه الى اخره يعني لو اعطى الفقير ثوبًا لا يجزيه عن الكسوة الواقعة كفارة بطريق الكسوة
مثل السراويل على المختار او نصف ثوب يجزيه وقيمته تبلغ قيمة نصف صاع من بر او صاع من تمر او شعير
اجزاه عن اطعام فقير من الكفارة وكذا اذا اعطى عشرة مساكين ثوبًا كبيرًا لا يكفي كل واحد حصته منه
للكسوة وتبلغ حصة كل منهم قيمة ما ذكرنا اجزاه عن الكفارة بالاطعام ثم ظاهر المذهب انه لا يشترط
للاجزاء عن الاطعام ان ينوي به عن الاطعام وعن ابي يوسف لا يجزيه الا ان ينوي به عن الاطعام وعند

طعام

زفر لا يجزئه نوى او لم ينو واعترض بقوله عليه الصلاة والسلام وانما لكل امرئ ما نوى فاذا لم ينو عن الاطعام
لا يقع عنه ولانه تعالى خير المكفر بين خصال ثلاث فاذا اختار احدها صار كانه هو الواجب ابتداء وتنحى
الاخران **والجواب** انه ان اراد انه لا بد من نية الكفارة فصحيح وبه نقول وقوله عليه الصلاة والسلام
وانما لكل امرئ ما نوى دليله فلا ينصرف المؤدي طعامًا او كسوة الى كونه كفارة الا بنية وان اراد
انه لا بد ان ينوي التكفير بالاطعام والتكفير بالكسوة مثلًا فممنوع فان الواجب التكفير باحد الاشياء التي كل
منها متعلق الواجب وهو فعل الدفع الذي هو نفس الواجب فاذا دفع احدها ناويًا الامتثال فقد فعل
تمام الواجب سواء كان يصح اطعامًا او غيره مما هو احد الثلاثة ولو توقف السقوط على ان ينوي بدفع احدها
انه عن الاجزاء اذا لم يكف لنفسه لزم ان ينوي كل خصلة في نفسها فيجب ان ينوي في الاطعام انه اطعام
وفي دفع الثوب انه كسوة ولا حاجة الى ذلك بل المحتاج اليه نية الامتثال بالفعل اذا كان مما يصلح للامتثال
بوجه وقد نوى الاسقاط فانصرف الى ما به الاسقاط فظهر ضعف كلام المعترض على ان كونه مختارًا
للكسوة اذا دفع ما لا يستقيم كسوة ممنوع وقد طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا اعطى نصف صاع
تمر في صدقة الفطر قيمته نصف صاع بر لا يجزيه عنه بطريق القيمة **واجيب** بان جنس الكفارة
في التمر والبر متحد منصوص عليه وهو سد حاجة البطن من التغدي فلا يدفع احدهما عن الاخر كالقمح
عن الشعير بخلاف الكسوة مع الاطعام فانهما جنسان من الكفارة لدفع حاجتين متباينتين دفع حاجة
البرد والحر ودفع حاجة التغدي فجاز جعل احدهما عن الاخر وانما نظير المورد من صدقة الفطر
لو دفع ثوبًا صغيرًا نفيسًا تبلغ قيمته ثوب كرباس يجزي عن الكسوة ينبغي ان لا يجزيه عن الكسوة بل عن الاطعام
قوله وان قدم الكفارة على الحنث لم يجزه وقال الشافعي تجزيه بالمال دون الصوم لانه ادى بعد السبب
وهو اليمين وانما كان السبب للكفارة هو اليمين لانه اضيف اليه للكفارة في النص بقوله تعالى ذلك كفارة
ايمانكم واهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف
اليه للمضاف الواقع حكمًا شرعيًا او متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا
ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت
شرعًا كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد
الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا ان لا يفترق المال والصوم وهو قوله القديم وفي الجديد لا يقدم
الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني ان تقديم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف
شرعًا الا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقًا صومًا
كان او لا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم كما سنذكر ولنا ان الكفارة لستر الجناية
من الكفر وهو الستر قال القائل في ليلة كفر النجوم ظلامها وبه سمي الزارع كافرًا لانه يستر البذر في الارض
ولا جناية قبل الحنث لانها منوطة به لا باليمين لانه ذكر الله على وجه التعظيم ولذا اقسم النبي والصحابة
على الايمان وكون الحنث جناية مطلقًا ليس واقعًا اذ قد يكون فرضًا وانما اخرج المصنف الكلام مخرج الظاهر
المتبادر من اخلاف المحلوف عليه **والحاصل** انها بسبب الحنث سواء كان به معصية او لا والمعاد توقير ما جعل
لاسم الله عليه وهذا يفيد ان السبب الحنث واليمين ليست بسبب لانا قلنا في السبب ان يكون مفضيًا الى
المسبب واليمين ليس كذلك لانه مانع عن عدم المحلوف عليه فكيف يكون مفضيًا اليه نعم قد يتفق تحققه

ايضا فا لا عن اليمين للعلم بان نفس اكل الفاكهة لم تتسبب فيه نفس الحلف على تركه بخلاف الجرح لانه مفض الى
التلف فلو مران الاضافة المذكورة اضافة الشرط فان الاضافة الى الشرط جايزة وثابتة في الشرع كما في كفارة
الاحرام وصدقة الفطر على انه لو سلم ان اليمين سبب فلا شك في ان الحنث شرط الوجوب للقطع بان الكفارة
لا تجب قبله والا وجبت بمجرد اليمين والمشروط لا يوجب قبل شرطه فلا يقع التكفير واجبا قبله فلا يسقط الوجو
قبل ثبوته ولا عند ثبوته بفعل قبله لم يكن واجبا فهذا مقتضى الدليل وقع الشرع على خلافه في الزكوة
والجرح وصدقة الفطر على ما قدمناه في باب صدقة الفطر فيقتصر على مورده ولا يلحق غيره به فان قيل
قد ورد السماع به في قوله عليه الصلاة والسلام فليكفر عن يمينه ثم ليات بالذي هو خير قلنا المعروف في
الصحيحين من حديث عبد الرحمن بن سمرة قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلفت على يمين فرايت غيرها
خيرا منها فكفر عن يمينك وايت الذي هو خير وفي مسلم حديث ابي هريرة عنه عليه السلام من حلف على يمين فراى
غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليفعل الذي هو خير وحديث البخاري وليس في شيء من الروايات المعتبرة
لفظ ثم الا وهو مقابل بروايات كثيرة بالواو فمن ذلك حديث عبد الرحمن بن سمرة في ابي داود قال فيه فكفر عن
يمينك ثم ائت الذي هو خير وهذه الرواية مقابلة بروايات عديدة لحديث عبد الرحمن هذا في البخاري
وغيره بالواو فينزل منزلة الشاذ منها فيجب حملها على معنى الواو حملا للقليل الاقرب الى الغلط على الكثير
ومن ذلك حديث عايشة في المستدرك كان عليه الصلاة والسلام اذا حلف لا يحنث حتى انزل الله تعالى
كفارة اليمين فقال لا احلف الى ان قال الا كفرت عن يميني ثم ائت الذي هو خير وهذا في البخاري عن عايشة
ان ابا بكر كان الى اخر ما في المستدرك وفيه العطف بالواو وهو اولى بالاعتبار فقد شذت رواية ثم لمخالفتها
روايات الصحيحين والسنن والمسانيد فصدق عليها تعريف المنكر في علم الحديث وهو ما خالف الحافظ فيها
الاكثر يعني من سواه ممن هو اولى منه بالحفظ والاتقان فلا يعمل بهذه الرواية ويكون التعقيب المفاد بالفاء
لجملة المذكور كما في ادخل السوق فاشتر لحما وفاكهة المقصود تعقيب دخول السوق بشراء كل من الامرين وهكذا
قلنا في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وايديكم الاية وهذا لان الواو لما لم تقتض التعقيب كان قوله فليكفر
لا يلزم تعقيبه للحنث بل جاز كونه قبله كما بعده فلزم عن هذا كون الحاصل فليفعل الامرين فيكون التعقيب
الامرين ثم وردت روايات بعكسه منها حديث صح في صحيح مسلم من حديث عدي بن حاتم عنه عليه الصلاة
والسلام من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وحديث رواه الامام
احمد عن عبد الله بن عمرو قال قال عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها فليات الذي
هو خير وليكفر عن يمينه ومنها ما اخرج النسائي انا احمد بن منصور عن سفيان ثنا ابو الزعراء عن عمه ابي الاحوص
عن ابيه قال قلت يا رسول الله ارايت ابن عم لي اتيه اساله فلا يعطيني ولا يصلني ثم يحتاج الي فياتيني
ويسالني وقد حلفت ان لا اعطيه ولا اصله فامرني ان اتي الذي هو خير واكفر عن يميني ورواه ابن ماجة
بنحوه ثم لو فرض صحة رواية ثم كان من تغيير الرواية اذ قد ثبتت الروايات في الصحيحين وغيرهما من كتب الحديث
بالواو ولو سلم فالواجب حمل القليل على الكثير الشهير لا عكسه فيحمل ثم على الواو التي امتلات كتب الحديث منها
دون ثم واما لفظ الحديث على ما ذكره المصنف فلم يعرف اصلا اعني قوله من حلف على يمين فراى غيرها خيرا منها
فليات بالذي هو خير ثم ليكفر عن يمينه الا ان المطلوب لم يتوقف عليه كذلك هذا ولفظ اليمين في قوله عليه
الصلاة والسلام من حلف على يمين مجاز من اطلاق اسم الكل على الجزء وهو المقسم عليه لان اليمين اسم لمجموع القسم

والمقسم عليه وهو المراد **قوله** ثم لا يسترد من الفقير يعني اذا دفع الى الفقير الكفارة قبل الحنث وقلنا لا يجزئ
فليس له ان يستردها منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شيء اخر وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له
ان ينقضه ويبطله **قوله** ومن حلف على معصية مثل ان لا يصلي او لا يكلم اباه او ليقتلن فلانا ينبغي ان يحنث
اي يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين وراى غيرها
خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر عن يمينه وقد ذكرناه انفا ولان فيما قلناه من تحنيث نفسه تفويت
البر الى جابر وهو الكفارة وثبوت جابر الشيء كثبوت نفسه فكان التحقيق البر ولا جابر للمعصية في ضده
اي في ضد ما قلناه وهو تحنيث نفسه وضد تحنيث نفسه هو ان يبر في يمينه بفعل المعصية فانه حينئذ
يتقرر المعصية دون جابر يجبرها واعلم ان المحلوف عليه انواع فعل معصية او ترك فرض فالحنث واجب
او شيء غيره اولى منه كالحلف على ترك وطي زوجته شهرا ونحوه فان الحنث افضل لان الرفق ايمن وكذا اذا حلف
ليضربن عبده وهو يستاهل ذلك او ليشكون مديونه ان لم يوافه غدا لان العفو افضل وكذا تيسير
المطالبة او على شيء وضده مثله كالحلف لا ياكل هذا الخبز او لا يلبس هذا الثوب فالبر في هذا وحفظ
اليمين اولى ولو قال قايل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا ايمانكم على ما هو المختار في تاويلها انه البر
فيها امكن **قوله** واذا حلف الكافر ثم حنث في حال الكفر او بعد اسلامه فلا حنث عليه اي لا كفارة عليه فالمراد
حكم الحنث المعهود وقولنا قول مالك وكذا اذا حلف مسلما ثم ارتد ثم اسلم فحنث لا يلزمه شيء وكذا ايضا
اذا نذر الكافر ما هو قربة من صدقة او صوم لا يلزمه شيء عندنا بعد الاسلام ولا قبله وعند الشافعي
واحمد تلزمه الكفارة بالمال لانه اهل لايجابه دون الصوم لانه عبادة وليس اهلا لها وصار كالعبد
لما تعذر عليه الكفارة بالمال تعين عليه احدى الخصال فكذا هذا لما تعذر منه الصوم تعين ما سواه
وايضا هو اهل للبر فانه يعتقد حرمة اسم الله جل وعلا ويمتنع عن اخلاف ما عقده به عليه ولهذا
يستحلف في الدعاوي ويدخل في المال العتق فانه يقبل الفصل عن العبادة كالعتق للشيطان ونحوه
فيكون في حقه مجرد اسقاط المالية ثم ثبت في ذلك سمع وهو ما في الصحيحين ان عمر بن الخطاب رضي الله
عنه قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم اني نذرت في الجاهلية ان اعتكف ليلة في المسجد الحرام وفي رواية
يوما فقال اوف بنذرك وفي حديث القسامة من الصحيحين قوله عليه السلام تبريكم يهود بخمسين يمينا
ولنا قوله تعالى انهم لا ايمان لهم واما قوله بعده نكثوا ايمانهم فيعني صور الايمان التي اظهروها والحاصل
لزوم تاويل اما في لا ايمان لهم كما قال الشافعي ان المراد لا ايفاء لهم بها او في نكثوا ايمانهم على قول ابي حنيفة
ان المراد هو صور الايمان دون حقيقتها الشرعية وترجح الثاني بالفقه وهو انا نعلم ان من كان اهلا
لليمين يكون اهلا للكفارة وليس الكافر اهلا لها لانها انما شرعت عبادة يجبر بها ما انتهك من اثم الحنث ان كان
او ما وقع من اخلاف ما عقد عليه اسم الله تعالى اقامة لواجبه وليس الكافر اهلا لفعل عبادة وتوهم
ايجاب المال والعتق ممكن بتجريده عن معنى العبادة ليس بشيء لان ذلك في ايجاب المال والعتق من
حيث هو ايجابهما والكلام في ايجابهما كفارة وايجابهما كفارة لا يقبل الفصل عما ذكرنا اذ لو فصل لم تكن
كفارة لانه ما شرع بصفة لا يثبت شرعا الا بتلك الصفة والا هو شيء اخر واما تحليف القاضي وقوله
صلى الله عليه وسلم تبريكم يهود بخمسين يمينا فالمراد كما قلنا صور الايمان فان المقصود منها رجاء
النكول والكافر وان لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله

تعالى وحرمة اليمين به كاذبا فيمتنع عنه فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزامه بصورتها لهذه الفائدة
وما في الهداية من انه مع الكفر لا يكون معظما ليس بصحيح الا ان يريد تعظيما يقبل منه ويجازي عليه واما قوله
عليه الصلاة والسلام اوف بنذرك فالمشهور من مذهب الشافعي ان نذر الكافر لا يصح فالاستدلال به
كالمحاج وهم يؤولونه انه امره ان يفعل قربة مستانفة في حال الاسلام لا على انه الواجب بالنذر دعا الى هذا
العلم من الشرع ان الكافر ليس اهلا لقربة من القرب فليس اهلا لالتزامها الا يرى انه لو فعلها لم يصح منه وتصحيح
الالتزام ابتداء يراد لفعل نفس الملتزم لا لاضعاف العذاب وقول الطحاوي انه ليس متقربا الى الله تعالى بل
الى ربه الذي يعبده من دون الله انما يستقيم في بعض الكفار وهم المشركون على تقدير قصده بنذره الذي
اشرك به ففيه قصور عن محل النزاع **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه كهذا الثوب علي حرام او هذا
الطعام او هذه الجارية او الدابة لم يصر محرما وعليه ان استباحه كفارة يمين وليس ملكه شرطا للزوم حكم
اليمين فانه جار في نحو كلام زيد علي حرام ولو اريد بلفظ شيئا ما هو اعم من الفعل دخل نحو كلام زيد ولم يدخل نحو
هذا الطعام علي حرام لطعام لا يملكه لانه حرام عليه التصرف فيه مع انه يصير به حالفا حتى لو اكله حلالا
او حراما لزمته كفارة والحاصل ان حرمته لا تمنع تحريمه حلفا الا يرى الى قولهم لو حرم الخمر على نفسه فقال
الخمر علي حرام ان المختار للفتوى انه ان اراد به التحريم يعني الانشاء تجب الكفارة اذا شربها كانه حلف
لا اشرب الخمر وان اراد الاخبار او لم يرد شيئا لا تجب الكفارة لانه امكن تصحيحه اخبارا والمنقول فيه
خلاف بين ابي يوسف وابي حنيفة عند احدهما يحنث مطلقا وعند الاخر لا يحنث من غير نظر الى النية ولو قال
الخبز علي حرام فليس بيمين الا ان يقول ان اكلته وقيل هو قياس الخمر وهو الوجه واعلم ان الظاهر من تحريم
هذه الاعيان انصراف اليمين الى الفعل المقصود منها كما في تحريم الشرع لها في نحو حرمت عليكم امهاتكم
وحرمت الخمر والخنزير انه ينصرف الى النكاح والشرب والاكل ولذا قال في الخلاصة لو قال هذا الثوب
علي حرام فلبسه حنث الا ان ينوي غيره ولو قال ان اكلت هذا الطعام فهو علي حرام فاكله لا يحنث وذكر
في المنتقى لو قال كل طعام آكله في منزلك فهو علي حرام ففي القياس لا يحنث اذا اكله هكذا روى ابن سماعة
عن ابي يوسف وفي الاستحسان يحنث والناس يريدون بهذا ان اكله حرام انتهى وعلى هذا يجب في التي
قبلها وهي قوله ان اكلت هذا فهو علي حرام ان يحنث اذا اكله وكذا ما ذكر في الحيل ان اكلت طعاما ما عندك
ابدا فهو حرام فاكله لم يحنث ينبغي ان يكون جواب القياس ولو قال لقوم كلامكم علي حرام ايهم كلم منهم
حنث وفي مجموع النوازل وكذا كلام فلان وفلان علي حرام يحنث بكلام احدهما وكذا كلام اهل بغداد وكذا اكل
هذا الرغيف يحنث باكل لقمة بخلاف ما لو قال والله لا اكلمهم لا يحنث حتى يكلمهم وفي الخلاصة لو قال هذا
الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة وفي فتاوى قاضي خان قال مشايخنا رحمهم الله الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله
هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا آكل هذا الرغيف ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض وان قالت
لزوجها انت علي حرام او حرمتك يكون يمينا فلو جامعها طائعة او مكرهة تحنث بخلاف ما لو حلف لا يدخل
هذه الدار فادخل لا يحنث ولو قال لدراهم في يده هذه الدراهم علي حرام ان اشترى بها حنث وان تصدق
بها او وهبها لم يحنث بحكم العرف **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا كفارة عليه يعني الا في الجواري والنساء
وبه قال مالك لان تحريم الحلال قلب المشروع فلا ينعقد به تصرف مشروع وهو اليمين الا ان الشرع ورد
به في الجواري والنساء في معناها فيقتصر على مورده والاستدلال بعد هذا بقوله تعالى يا ايها النبي لم تحرم

ما احل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة ايمانكم فبين سبحانه انه عليه السلام حرم شيئا مما هو حلال
وانه فرض له تحلته فعبر عن ذلك بقوله تحلة ايمانكم وعلم انه سبحانه جعل تحريم ما احل الله له يمينا فيها
الكفارة غير مفيد لان الكلام الان في تخصيصه بمورده او تعميمه **أجيب** بان العبرة لعموم اللفظ وهو
قوله ما احل الله لك وقد يدفع بان المراد خصوص ما وقع تحريمه اي لم تحرم ما كان حلالا لك ولذا قال
تبتغي مرضات ازواجك وابتغاء مرضاتهن لا يتعلق بعموم تحريم المباحات بل ببعض فيسير الجواب انه كما
ورد انها نزلت في تحريم مارية ورد انها في تحريم العسل في الصحيحين عن عائشة كان عليه السلام يمكث عند
زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت انا وحفصة ان ايتنا دخل عليها فلتقل اني اجد منك
ريح مغافير فدخل على احدينا فقالت له ذلك فقال لا بل شربت عسلا عند زينب ولن اعود اليه فنزلت
يا ايها النبي لم تحرم وهذا اولى بالاعتبار لان رواية صاحبة القصة وفيه زيادة الصحة وحينئذ
لا مانع من كون نزولها في الامرين جميعا وقوله تعالى تبتغي مرضات ازواجك وان كان ظاهرا في انها في
تحريم مارية لان مرضاتهن كان في ذلك لا في ترك العسل فلا شك انها ايضا في ترك شربه عند الضرة فان قيل
روي انه قال والله لا اذوقه فلذلك سمي تحريما ولزمت التحلة **أجيب** بانه لم يذكر في الاية ولا في الحديث
الصحيح فلا يجوز ان يحكم به ويقيد به حكم النص واعلم ان الذي في الحديث الصحيح هو قوله ولن اعود اليه ولا
شك ان هذا ليس بيمين موجب للكفارة عند احد فحيث ذكر الله تعالى ما يفيد ان الواقع منه كان يمينا وجب
الحكم بانه كان منه عليه الصلاة والسلام مع ذلك القول قول اخر لم يرو وفي تلك الرواية ثبت به اليمين
فجاز كونه قوله والله لا اذوقه وجاز كونه لفظ التحريم الا ان لفظ حرم على نفسه ظاهر في ارادة قال حرمت
كذا ونحوه بخلاف الحلف على تركه **وحاصل** الوجه الذي اقتصر عليه المصنف وهو ان لفظه ينبئ عن اثبات
الحرمة وقد امكن اعماله باثبات حرمة اي حرمة ذلك الشيء لغيره وهو اليمين باثبات موجب اليمين وهو البر
فلا يفعله والكفارة ان فعله صونا لكلامه عن الالغاء فصلا من الله عليه فتم المعنى المذكور القيا والعمل
قوله ثم اذا فعل مما حرمه قليلا او كثيرا حنث ووجبت الكفارة وهو المعنى من الاستباحة المذكورة
في قوله وعليه ان استباحه كفارة يمين وبه عرف ان مراده بقوله لم يصر محرما عليه لنفسه والا لم يصح
قوله استباحه وانما حنث بالقليل والكثير لان التحريم اذا ثبت تناول كل جزء منه فيتناول جزء يلزم به
الحنث وهذا خلاف ما تقدم من قوله والله لا اكلمهم وهذا الرغيف علي حرام على ما نقل قاضي خان عن المشايخ
قوله ولو قال كل حلال علي حرام فهو على الطعام والشراب الا ان ينوي غير ذلك فاذا اكل او شرب يحنث
ولا يحنث بجماع زوجته والقياس ان يحنث كما فرغ لانه باشر فعلا مباحا وهو التنفس ونحوه كفتح العينين
وتحريك الجفنين وهو قول زفر بناء على انعقاده على العموم كما هو ظاهر اللفظ وجه الاستحسان ان المقصود
وهو البر لا يحصل مع اعتبار العموم **والظاهر** انه لم يعقد المحنث ابتداء اي لا يكون الغرض من عقد اليمين الحنث
فكان ذلك قرينة صارفة عن صرافة واذا سقط اعتباره ينصرف الى الطعام والشراب للعرف فانه اي
هذا اللفظ يستعمل فيما يتناول عادة وهو الطعام والشراب فظهر ان ما قيل انه تعذر الحمل على العموم
فيحمل على اخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب اخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه
اللفظ ولا يتناول المراة الا بالنية لاسقاط اعتبار العموم في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ
فاذا نواها انصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقني اذا اريد به الطلا

لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية واذا نواهما كان ايلاء لان الحلف على قربانها ايلاء ولا ينصرف
عن الطعام والشراب فانها تعلم يحنث واذا كان ايلاء فهو ايلاء مؤبد فان تركها اربعة اشهر بانت الى اخر
احكام الايلاء المؤبد وهذا كله جواب ظاهر الرواية ومشايخنا اي مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف وابي بكر
ابن ابي سعيد والفقيه ابي جعفر قالوا يقع به الطلاق من غير النية لغلبة الاستعمال في الطلاق فينصرف اليه
من غير نية وبه اخذ الفقيه ابو الليث قال المصنف وعليه الفتوى وقال البزدوي في مبسوطه هكذا
قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لان من لا امراة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة
ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح ان نقيد الجواب في هذا ونقول ان
نوى الطلاق يكون طلاقا واما من غير دلالة فالاحتياط ان يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين واعلم
ان مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام علي كلامك ونحو كل كذا ولبسه دون الصيغة
العامة وتعارفوا ايضا الحرام يلزمني ولا شك في انهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا افعل
كذا ولا فعلن وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا افعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب
امضاؤه عليهم وفي التتمة لو قال حلال الله علي حرام او قال حلال خداي وله امراة ينصرف اليها من غير
نية وعليه الفتوى وان لم يكن له امراة يجب عليه الكفارة قال المصنف ولذا ينبغي في حلال بروي
حرام للعرف يعني يقع به الطلاق على ما اختاره للفتوى واختلفوا في قوله هرچه بردست راست كيرم
بروي حرام انه هل يشترط النية والاظهر انه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال في الخلاصة لا يصدق انه لم
ينو ولو قال هرچه بدست راست كيرم فهو بمنزلة قوله كيرم ولو قال هرچه بدست چپ كيرم
في مجموع النوازل لا يكون طلاقا وان نوى ولو قال هرچه بدست كيرم فهو لا يكون طلاقا لان العرف
في قوله كيرم ولا عرف في قوله كرفتم ولو قال هرچه بدست كيرم ولم يقل راست وچپ فهو كقوله هرچه
بدست راست كيرم والحاصل ان المعتبر في انصراف هذه الالفاظ عربية او فارسية الى معنى بلا نية
التعارف فيه فان لم يتعارف سئل عن نيته وفيما ينصرف بلا نية لو قال اردت غيره لا يصدقه القاضي
وفيما بينه وبين الله تعالى هو مصدق **قوله** ومن نذر نذرا مطلقا اي غير معلق بشرط كان يقول
لله علي صوم شهر او حجة او صدقة او صلاة ركعتين ونحوه مما هو طاعة مقصودة لنفسها ومن جنسها
واجب فعليه الوفاء بها وهذه شروط لزوم النذر فخرج النذر بالوضوء لكل صلاة فانه لا يلزم لانه
غير مقصود لنفسه وكذا النذر بعيادة المريض لانه ليس من جنسه واجب واما كون المنذور معصية
يمنع انعقاد النذر فيجب ان يكون معناه اذا كان حراما لعينه او ليس فيه جهة القربة فان المذهب
ان نذر الصوم يوم العيد ينعقد ويجب الوفاء بصوم يوم غيره ولو صامه خرج عن العهدة ولنا فيه بحث
ذكرناه في مختصر الاصول ومذهب احمد رحمه الله فيه كفارة يمين عملا بالحديث فيه وهو قوله عليه الصلاة
والسلام لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواه الترمذي بسند قال فيه صاحب التنقيح كلهم
ثقات ومع ذلك فالحديث غير صحيح وبين علته وكذا قال الترمذي وقوله فعليه الوفاء به اي من حيث
هو قربة لا بكل وصف التزمه به او عين وهو خلافه لزفر فلو نذر ان يتصدق بهذا الدرهم فتصدق
بغيره عن نذره او نذر التصدق في هذا اليوم فتصدق في غد او نذر ان يتصدق على هذا الفقير فتصدق
على غيره عن نذره اجزاه في كل ذلك خلافا لزفر له انه اتى بغير ما نذره ولنا ان لزوم ما التزمه باعتبار ما

هو قربة لا باعتبارات اخر لا دخل لها في صيرورته قربة وقد اتى بالقربة الملتزمة وكذا اذا نذر ركعتين
في المسجد الحرام فاداها في اقل شرفا منه او فيما لا شرف له فيه اجزاه خلافا لزفر وافضل الاماكن المسجد الحرام
ثم مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم مسجد بيت المقدس ثم الجامع ثم مسجد الحي ثم البيت له انه نذر
بزيادة قربة فتلزمه قلنا عرف من الشرع ان التزامه ما هو قربة موجب ولم يثبت من الشرع اعتبار
تخصيص العبد العبادة بمكان بل انما عرف ذلك لله تعالى فلا يتعدى لزوم اصل القربة بالتزامه الى
لزوم التخصيص بمكان فكان ملغى وبقي لازما بما هو قربة فان قلت من شروط النذر كونه بغير معصية
فكيف قال ابو يوسف اذا نذر ركعتين بلا وضوء يصح نذره خلافا لمحمد فالجواب ان محمدا اهدره
لذلك واما ابو يوسف فانما صححه بوضوء لانه حين نذر ركعتين لزمتاه بوضوء لان التزام المشروط
التزام الشرط فقوله بعد ذلك بغير وضوء لغو لا يؤثر ونظيره اذا نذر ركعتين بلا قراءة لزمتاه ركعتين
بقراءة او نذر ان يصلي ركعة واحدة لزمتاه ركعتين او ثلاثا لزمتاه باربع وقال زفر لا يصح النذر
في الاولين لان الصلاة بلا قراءة والركعة الواحدة غير قربة وفي الثالثة وهي ما اذا نذر بثلث
تلزمه ركعتان لانه التزم ركعة بعد الثنتين فصار كما اذا التزمها مفردة على قوله ولنا معنى ما قدمنا
وهو ان لا التزام بشيء التزام بما لا صحة له الا به ولا صحة للصلاة بلا قراءة ولا للركعة الواحدة الا بضم
الثانية فكان ملتزما القراءة والثانية واحتاج محمد الى الفرق بين التزام الصلاة بلا وضوء حيث
ابطله والتزامها بلا قراءة حيث اجازه والفرق ان الصلوة بلا طهارة ليست عبادة اصلا وبلا قراءة تكون
عبادة كصلاة الامي وهذه المسائل وان كانت تقدمت متفرقة الا ان هذا المكان محلها بالاصالة
فلم ار اخلاءه منها نصيحة لدين رب العالمين **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى
فعليه الوفاء بما سمى وهذا دليل لزوم الوفاء بالمنذور وهو حديث غريب الا انه مستغنى عنه في لزوم
المنذور بالكتاب والسنة والاجماع قال تعالى وليوفوا نذورهم وصرح المصنف في باب الصوم بان المنذور
واجب للاية وتقدم الاعتراض بانها توجب الافتراض للقطعية والجواب بانها مؤولة اذ اخص منها
النذر بالمعصية وما ليس من جنسه واجب فلم تكن قطعية الدلالة ومن السنة كثير منها حديث في البخاري من
نذر ان يطيع الله فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه رواه عائشة رضي الله عنها والاجماع على
وجوب الايفاء به وبه استدل من قال من المتاخرين بافتراض الايفاء بالنذر **فروع** اذا نذر شهرا
فاما بعينه كرجب وجب التتابع لكن لو افطر يوما لا يلزمه الاستقبال كرمضان لو افطر فيه يوما
لا يلزمه الا قضاؤه وكذا هذا وان بغير عينه كشهر ان شاء تابعه وان شاء فرقه وان شرط التتابع لزمه
فيستقبل ولو التزم بالنذر اكثر مما يملكه لزمه ما يملكه هو المختار قال الطحاوي اذا اضاف النذر الى
ساير المعاصي كلله علي ان اقتل فلانا كان يمينا ولزمته الكفارة بالحنث لله علي ان اطعم المساكين على عشرة
عند ابي حنيفة لله علي طعام مسكين لزمه نصف صاع حنطة استحسانا لله علي ان اعتق هذه الرقبة وهو
يملكها فعليه ان يعتقه فان لم يعتقه اثم ولا يجبره القاضي قال ان برئت من مرضي فعلي شاة اذبحها او
ذبحت شاة لا يلزمه شيء ولو قال اذبحها واتصدق بلحمها لزمه قال لله علي ان اذبح جزورا واتصدق بلحمه
فذبح مكانه سبع شياه جاز **قوله** وان علق النذر بشرط فوجد الشرط فعليه الوفاء بنفس النذر لاطلاق
الحديث الذي رويناه من البخاري وغيره فانه امر بذلك من غير تقييد بمنجز او معلق ولان المعلق بالشرط

كالمنجز عنده فصار كانه قال عند الشرط لله علي كذا وعن ابي حنيفة رحمه الله انه رجع عنه اي عن لزوم عين
المنذور اذا كان معلقا بالشرط الى انه مخير بين فعله بعينه وكفارة يمين وهو قول محمد فاذا قال ان فعلت
كذا فعلي حجة او صوم سنة ان شاء حج او صام سنة وان شاء كفر فان كان فقيرا صار مخيرا بين صوم سنة وصوم
ثلاثة ايام والاول وهو لزوم الوفاء به عينا هو المذكور في ظاهر الرواية والتخيير عن ابي حنيفة في النوادر
وروي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي خرجت حاجا فلما دخلت الكوفة قرات كتاب النذور والكفارات
على ابي حنيفة فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رايي ان ارجع فلما رجعت من الحج اذا ابو حنيفة
قد توفي فاخبرني الوليد بن ابان انه رجع قبل موته بسبعة ايام وقال يتخير وبهذا كان يفتي اسماعيل
الزاهد وقال الولوالجي مشايخ بلخ وبخاري يفتون بهذا وهو اختيار شمس الايمة فاك لكثرة البلوى في
هذا الزمان وجه الظاهر النصوص من الاية الكريمة والاحاديث ووجه رواية النوادر ما في صحيح مسلم
من حديث عقبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام قال كفارة النذر كفارة اليمين فهذا يقتضي ان
يسقط بالكفارة مطلقا فيتعارض فيحمل مقتضى الايفا بعينه على المنجز ومقتضى سقوطه بالكفارة على المعلق
ولا يشكل لان المعلق منتف في الحال فالنذر فيه معدوم فيصير كاليمين في ان سببا لايجاب وهو الحنث
منتف حال التكلم فيلحق به بخلاف النذر المنجز لانه نذر ثابت في وقته فيعمل فيه حديث الايفا واختار
المصنف والمحققون ان المراد بالشرط الذي يجزء معه الكفارة الشرط الذي لا يريد كونه مثل دخول الدار
وكلام فلان فانه اذا لم يريد كونه يعلم انه لم يرد كون المنذور حيث جعله مانعا من فعل ذلك الشرط لان
تعليق المنذور على ما لا يريد كونه بالضرورة يكون لمنع نفسه عنه فان الانسان لا يريد ايجاب العبادات دايما
وان كانت محلية للثواب مخافة ان يثقل فيتعرض للعقاب ولهذا صح عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى
عن النذر وقال انه لا ياتي بخير الحديث واما الشرط الذي يريد كونه مثل قوله ان شفى الله مريضي او قدم
غايبي او مات عدوي فلله علي صوم شهر فوجد الشرط لا يجزيه الا فعل عين المنذور ولانه اذا اراد كونه مريدا
كون النذر فكان النذر في معنى المنجز فيندرج في حكمه وهو وجوب الايفاء به فصار محمل ما يقتضي
الايفاء المنجز والمعلق المراد كونه ومحمل ما يقتضي اجزاء الكفارة المعلق الذي لا يراد كونه وهو المسمى عند
طايفة من الفقها نذر اللجاج ومذهب احمد فيه كهذا التفصيل الذي اختاره المصنف واستدل ابن الجوزي
في التحقيق للاكتفا في خصوص هذا النذر بحديث مسلم مع انه مطلق وليس هذا الا لما قلنا وهذا التقرير
اولى مما قيل لان الشرط اذا لم يرد كونه كان في معنى اليمين فانها تعقد للمنع فاجزا فيه الكفارة بخلاف الذي
يريد كونه فانه ورد على هذا التقرير ان اليمين كما يكون للمنع يكون للحمل فلم تختص معناها بما لم يراد كونه فالفرع
على هذا الحكم **قوله** ومن حلف على يمين اي على محلوف عليه فقال ان شاء الله متصلا بيمينه فلا حنث عليه وكذا
اذا نذر وقال ان شاء الله متصلا لا يلزمه شي قال محمد بلغنا ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وابن عمر رضي الله
عنهم وكذلك قال موسى عليه السلام ستجدني ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يعد مخلفا لوعده وتقدم
في الطلاق وهو قول اكثر اهل العلم وقال مالك يلزمه حكم اليمين والنذر لان الاشيا كلها بمشية الله
تعالى فلا يتغير بذكره حكم وللجمهور قوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فلا حنث
عليه رواه ابو داود والترمذي والنساي وابن ماجة وقال الترمذي حديث حسن ولانه تعليق المحلوف
عليه بمشية الله تعالى اعني اذا قال والله لا اخرج اليوم ان شاء الله فقد علق خروجه بمشية الله تعالى

فاذا خرج لا يحنث لان المعنى ان شاء الله عدم الخروج لا اخرج فاذا خرج تبين انه تعالى لم يشا عدم الخروج
وهذا ينهض على مالك رحمه الله في اليمين اما في الطلاق فالكلام معه بحسب المعنى عرفا انه اذا قال انت طالق
ان شاء الله تعالى فالظاهر ان التعليق بالمشية نحو انت طالق ولا معنى له لانه قد شاء الله وقوله انت طالق
هو الموجب للقطع بشرطه فلا يمكن اعدامه فلو جعل مصروفا الى الوقوع على معنى انت طالق ان شاء الله وقوع
طلاقك بخلاف اللفظ ثم لا يجدي لانه قد شاء الله وقوع طلاقها اذ قد شاء تلفظه بانت طالق غير معلق
بشرط لما ذكرنا ان المعلق بالمشية ان كان لفظ انت طالق فقد شاءه حيث وجد فوجد حكمه او نفس الوقوع
فقد شاءه حيث شاء علته وهو تلفظه وما في الطلاق تقدم تضعيفه وهذا ما وعدناه في الطلاق
ثم شرط عمل الاستثنا في الابطال الاتصال فلو انقطع بتنفس او سعال ونحوه لا يضر والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

اراد بيان الافعال التي يحلف عليها فعلا فعلا فبدا بفعل السكنى لان اول الافعال التي يحتاج اليها الانسان
ان يحل مكانا ثم يفعل ما يحتاج اليه من اللبس والاكل وغيره وكل من الاكل والشرب وان كان من الضرورات
لكن حاجة الحلول في مكان الزم للجسم من اكله ولبسه **قوله** لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او الكنيسة
وهي متعبد اليهود او البيعة وهي متعبد النصارى لم يحنث لان الاصل ان الايمان مبنية على العرف عندنا
لا على الحقيقة اللغوية كما نقل عن الشافعي رحمه الله ولا على الاستعمال القراني كما عن مالك رحمه الله تعالى
ولا على النية مطلقا كما عن احمد رحمه الله لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفي اعني الالفاظ التي يراد بها
معانيها التي وضعت لها في العرف كما ان العربي حال كونه بين اهل اللغة انما يتكلم بالحقايق اللغوية فوجب
صرف الفاظ المتكلم الى ما عهد ان المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم في الفرع الذي
ذكره صاحب الذخيرة والمرغيناني وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت انه يحنث بانه خطا
ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى ان هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية
الا ما من الالفاظ ليس له وضع لغوي بل احدثه اهل العرف وان ما له وضع لغوي ووضع عرفي يعتبر معناه
اللغوي وان تكلم به متكلم من اهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصير المعتبر
الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك ان المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذي به التخاطب ان كان
من اهل اللغة سواء كان عرف اللغة او غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع استعماله مشتركا بين اهل اللغة واهل
العرف تعتبر اللغة على انها العرف فاما الفرع المذكور فالوجه فيه انه ان كان نواه في عموم بيتا حنث وان لم
يخطر له وجب ان لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف عند اطلاق لفظ بيت وظهر ان مرادنا بانصراف
الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجبا لكلام ما يكون معنى عرفيا له وان كان له نية شي واللفظ
يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان اطلق عليها بيت في قوله تعالى ان اول
بيت وضع للناس للذي ببكة وكذا المسجد في قوله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع وكذا بيت العنكبوت
وبيت الحمام ولكن اذا اطلق البيت في العرف فانما يراد ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا
بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتته للضيوف في بعض القرى وفي المدن يبيت فيه بعض الاتباع
في بعض الاوقات فيحنث والحاصل ان كل موضع اذا اغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار
وله سعة يصلح للبيتوتة من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها اربع حوايط كما هي

الكوفة او ثلثة على ما صححه المصنف بعد ان يكون مسقفا كما هي صفات ديارنا لانه بيات فيها غاية الامر
ان مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الباب مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما
على ظاهر الباب في الشارع من سقف له جذوع اطرافها على جدار الباب واطرافها الاخرى على جدار الجار
المقابل له وسياتي ان السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا **قوله** ومن
حلف لايدخل دارا فدخل دارا خربة لم يحنث ولو حلف لايدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت
صحرا حنث لان اسم الدار للعرصة عند العرب والعجم فقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب شهدت
اشعارهم بذلك قال نابغة ذبيان واسمه زياد بن معويه

يا دار مية بالعلياء فالسند ❊ اقوت وطال عليها سالف الابد
وقفت اصيلانا اسائلها ❊ عيت جوابا وما بالربع من احد
الا الاواري لايا ما ابينها ❊ والنوي كالحوض بالمظلومة الجلد

اذا كانت الدار بالعلياء فالسند وهو ارتفاع الجبل بحيث يسند اليه اي يصعد لم يضرها السيل واقوت
اقفرت وطال عليها سالف الابد بالسالف الماضي والابد الدهر اي طال عليها ماضي الزمان
وهذا كناية عن خرابها واصيلانا تصغير جمع اصيل اصلان كبعير وبعران وهو عشية النهار وقد تبدل
نونه لاما فيقال اصيلال وانما صغره للدلالة على قصر الوقت الذي وقف فيه للسائله وهذا السؤال
توجع وتحسر وعيت جوابا عجزت يقال في تعب في البدن اعيا والفعل اعيا وفي كلال اللسان
عيي وروي فاضل قادما الى المدينة ماشيا فقال له مولانا اعيي ام اعيي فقال بل اعييت فوضع اعيت
جوابا في البيت المذكور ومكان عيت خلاف المعروف والاواري جمع اري وهي محابس الخيل ومرابطها
واللاي البطؤ اي نتبيني ببطؤ فاستلزم تعبا فمن فسر اللاي بالشدة فهو باللازم فان البطؤ في التبين لايكون
الا للتعب فيه والنوي حاجز من تراب يجعل حول الخبا لمنع السيل من دخوله وما وقع في بعض المواضع انه
حفير غلط وما عسى ان يبلغ عمق الحفيرة حتى تمنع السيل فانها لو كانت بيرا امتلأت في لحظة وفاضت وانما
هو ما ذكرنا ولذا قال في البيت بعده ردت عليه اقاصيه ولبده ضرب الوليدة بالمسحاة في الثاد يعني
ردت الوليدة وهي الامة الشابة ما نبا عنه من تراب النوي بسبب تهدمه عليه بضرب المسحاة في الثاد
وهي الارض الندية قال الاعلم وهو مصدر وضويه واراد بالمظلومة الارض التي لم تمطر والجلد
الصلبة فيكون النوي والوتد اشد ثباتا فيها وقال امري القيس

يا دار ماوية بالحايل ❊ فالسهب فالحبس من عاقل
صم صداها وعفى رسمها ❊ واستعجمت عن منطق السايل

يريد انها مقفرة لا انيس لها فيسمع صوته او لا احد يتكلم فيجيبه الصدى وهو الذي يسمى بابنة الجبل
وقال امرى القيس ❊ لمن طلل ابصرته فشجاني ❊ كخط زبور في عسيب يماني ❊ ديار لهند والرباب
وفرتني ليالينا بالنعف من بدلان ❊ يريد درست وخفيت الاثار كخفا خط الكتاب ودقته اذا كان في عسيب
يمان وكان اهل اليمن يكتبون عهودهم في عسيب النخلة فهذه الاشعار وما لا نحصي كثيرة تشهد بان
اسم الدار للعرصة ليس غير لان هولاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه
الديار التي ذكروها لم يكن فيها بناء اصلا بل هي عرصات من ولات انما يضعون فيها الاخبية لا ابنية الحجر

والمدر فصح ان البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت عمرانها في عرف اهل المدن لا
تقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم
لها فاما اذا امحت الابنية بالكلية وعادت ساحة فالظاهر ان اطلاق اسم الدار في العرف كهذه دار لا
مجاز باعتبار ما كان فالحقيقة ان يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لايدخل دارا فدخل دارا
خربة بان صارت لا بناء بها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال في مقابلة فيما اذا حلف لايدخل هذه
الدار فدخلها بعد ما صارت صحرا حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر في الحكم اذا تواردا حكمها
على محل فاما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغي ان يحنث في المنكر الا ان يكون له
نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعني معتبرا فيها غير ان الوصف في الحاضر
لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفي الغايب معتبر لانه المعرف له **قوله** ولو
حلف لايدخل هذه الدار فخربت ثم بنيت دارا اخرى فدخلها حنث لما ذكرنا ان الاسم باق بعد الانهدام
ولو بنيت مسجدا او حماما او بستانا او بنيت بيتا فدخله لم يحنث لانها لم تبق دارا وكذا اذا غلب عليها الما
او جعلت نهرا فدخله لاعتراض اسم آخر عليه ولذا اذا دخله بعد ما انهدم المبني ثانيا من الحمام وما معه
لانه لا يعد اسم الدارية بياء مشددة ولذا بني دارا بعد ما انهدم ما بني ثانيا من الحمام ونحوه لانها غير
تلك الدار التي منع نفسه من الدخول فيها ويرد على هذا التفصيل ان البناء ان كان جزء مفهوم الدار لزم
نعدم الحنث اذا زال في المنكر حق لكن ثبوت الحنث في المشار اليها بعد ما صارت صحرا اشكل لان كون الاشارة
لتعين الذات انما يقتضي تعين هذا البناء مع الساحة محلوفا عليه وقد انتفي فينتفي ايضا انه لو
دخلها بعد ما انهدمت وبنيت دارا اخرى لا يحنث لان هذا البناء الثاني ليس غير ذلك والحكم عندهم
خلافه فان قيل الحلف اذا وقع على معين وقع على كل جزء فيحنث بوجود الجزء الواحد قلنا ممنوع بل على
المجموع كما لو حلف لايكلم زيدا وعمروا او اهل الكوفة لا يحنث بكلام احدهم وان لم يكن جزءا بل المعتبر كون العرصة
بنيت اشكل عليه الحنث في المنكر فيما اذا دخلها بعد ما انهدمت وصارت صحرا الوجود تمام المسمى **قوله**
ولو حلف لايدخل هذا البيت فدخله بعد ما انهدم وصار صحرا لم يحنث لان اسم البيت قد زال بالانهدام
لزوال المسماه وهو البنا الذي يبات فيه بخلاف الدار لانها تسمى دارا ولا بناء فيها فلو بقيت الحيطان
وزال السقف حنث لانه يبات فيه والسقف وصف فيه وهذا يفيدك ان ذكر السقف في الدهليز
من قوله وهو مسقف لاحاجة اليه لانه معتاد للبيتوتة كما قدمنا والبيت لايلزم في مفهومه السقف
فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوي وغير مسقف وهو الصيفي وكذا اذا بني بيتا آخر فدخله لا يحنث
لان الاسم لم يبق بعد الانهدام وهذا المبني غير البيت الذي منع نفسه دخوله ولو حلف لايدخل بيتا
فدخل بيت شعر او فسطاطا ان كان من اهل البادية حنث والا لا يحنث **قوله** ومن حلف لايدخل هذه
الدار فوقف على سطحها من غير دخول من الباب بان نط من سطح الى سطحها حنث لان السطح من الدار الا يرى ان
المعتكف لايفسد اعتكافه بالخروج الى سطح المسجد فلو عد السطح خارجا فسد وقد يقال المبني مختلف
فان الايمان مبنية على العرف فجاز كون بعض ما هو في حكم المسجد خارجا في العرف الا يرى ان فناء المسجد
له حكم المسجد في بعض الاشياء حتى جاز اقتداء من فيه بمن في المسجد ولاشك انه خارج فالاقرب ما قيل الدار
عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها وهذا يتم اذا كان السطح بحضير فلو لم

يكن له حضير فليس هوا الا في هوا الدار فلا يحنث من حيث اللغة الا ان يكون عرف انه يقال انه داخل الدار
والحق ان السطح انه لا شك انه من الدار لانه من اجزائها حسًّا لكن لا يلزم من القيام عليه ان يقال في العرف
دخل الدار بل لا يتعلق لفظ دخل الا بجوف حتى صح ان يقال لم يدخل الدار ولكن صعد السطح من خارج بحبل
وهذا في عرف من ليس من اهل اللسان فطابق عرف العجم ولو جمع بين قول المتقدمين والمتاخرين بان يحمل
جواب المتقدمين بالحنث على ما اذا كان للسطح حضير وجواب المتاخرين المعتبر عنهم بقوله وقيل في
عرفنا يعني عرف العجم لا يحنث على ما اذا لم يكن له حضير لاتجه وهذا اعتقادي **قوله** وقيل في عرفنا لا
يحنث اي بالوقوف على السطح وكذا بالصعود على شجرة داخلها لانها لا يسمى داخل الدار ما لم يدخل جوفها وكذا
اذا قام على حايط فيها **قوله** ولذا اذا دخل دهليزها يعني يحنث ويجب فيه التفصيل المتقدم وهو ان
يكون له حوايط وهو مسقف وانت علمت ان السقف ليس لازمًا في مسمى البيت بل في مسمى البيت الشتوي
قوله وان وقف في طاق الباب وهو بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا عن الباب لم يحنث لان الباب
لاحراز الدار وما فيها فلم يكن الخارج من الباب في الدار ولو ادخل راسه او احدى رجليه او حلف لا
يخرج فاخرج احديهما او راسه لم يحنث وبه قال الشافعي واحمد ومالك رحمهم الله فقد كان عليه
السلام يناول عايشة راسه لتصلحه وهو معتكف في المسجد وهو في بيتها لان قيامه بالرجلين فلا يكون
باحديهما داخلا ولا خارجا وفي هذا اختلاف فانه ذكر في الخلاصة لو قال لامراته ان خرجت من الباب
فانت طالق فقامت على اسكفة الباب وبعض قدميها بحال لو اغلق الباب كان ذلك المقدار داخلا
وبعضه لو اغلق كان خارجا ان كان اعتمادها على النصف الخارج حنث وان كان على النصف الداخل
او عليهما لا يحنث. قال وفي المحيط لو ادخل احدى رجليه لا يحنث وبه اخذ الشيخان الامامان
شمسا الايمة الحلواني والسرخسي هذا اذا كان يدخل قايمًا فاما اذا كان مستلقيا على ظهره او بطنه
او جنبه فتدحرج حتى صار بعضه داخل الدار ان كان الاكثر داخل الدار يصير داخلا وان كان ما قام
خارجها ولو تناول بيده شيئا من داخل لا يحنث **فروع** حلف لا يدخل هذه الدار فادخل مكرهًا
اي محمولا لا يحنث فان ادخل وهو بحال لا يقدر على المنع لكن رضي بقلبه اختلفوا والاصح لا يحنث فلو خرج
بعد دخوله مكرهًا اي محمولا ثم دخل هل يحنث اختلفوا قال السيد ابو شجاع لا يحنث وهكذا في شرح
الطحاوي. وقال القاضي الامام الاصح انه يحنث وسناتي له تتمة. ولو اشتد في المشي فوقع في الباب
يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل بيتا منها قد اشرع الى السكة حنث اذا كان احد بابيه
في السكة والاخر في الدار وكذا لو دخل في علوها على الطريق وله باب في الدار وكذا الكنيف اذا كان
بابه في الدار ولو حلف لا يدخل بلخ او مدينة كذا فعلى العمران بخلاف كورة بخارا او رستاق كذا
اذا دخل ارضها حنث والفتوى في زماننا ان كورة بخارا على العمران وعلى هذا القياس اذا حلف لا
يدخل كورة مصر او بلاد مصر وهو بالشام فبدخول العريش يحنث وعلى الحمل على العمران لا يحنث حتى
يدخلها. ولو حلف لا يدخل بغداد فمر بها في سفينة بدجلة عند محمد يحنث وعندهما لا يحنث وعليه
الفتوى. ولو حلف لا يدخل الفرات فدخل سفينة في الفرات او دخل جسرا لا يحنث ولو قال ان وضعت
قدمي في دار فلان فكذا بوضع احدى رجليه فيها لا يحنث على جواب ظاهر الرواية لان وضع القدم
هنا مجاز عن الدخول ولا يحنث في الحلف لا يدخل بوضع احدى رجليه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد

فهدم ثم بني مسجدا فدخله يحنث كالدار ولو حلف لا يدخل سكة فلان فدخل مسجدا فيها ولم يدخلها لا يحنث
في المختار قال في مجموع النوازل هذا اذا لم يكن للمسجد باب في السكة وكذا ادخل بيتا في طريق السكة ان كان
له باب فيها حنث وان كان ظهوره فيها وبابه في سكة اخرى لا يحنث هذا هو الصحيح ولو كان له بابان باب
فيها وباب في غيرها حنث ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير بابها لا يحنث ولو كان لها
باب حين حلف فجعلها باب آخر فدخل منه حنث لان الحلف على باب منسوب اليها فيستوي القديم والحادث
الا ان عين ذلك الباب في حلفه ولو نواه ولم يعينه في حلفه لا يدين في القضا ولو حلف لا يدخل دارا
فدخل قناة حتى صار تحتها ان كان لها مفتح في الدار ينتفع به بان يستقوا منه حنث اذا وصل هناك وان
كان لا ينتفعون به انما هو لاضاءة القناة لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذا الفسطاط فقوض وضرب
في مكان اخر فدخله حنث **قوله** ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالمكث فيها ايامًا وهو
المراد بالقعود المذكور في الكتاب حتى يدخل بعد خروجه منها استحسانا والقياس ان يحنث بالمكث
وان قصر لان الدوام له حكم ابتدا التحول حتى صحت ارادته به اعني لو حلف لا يدخل هذه الدار ونوى
به المكث والقرار فيها صح حتى لو دخل ابتدا لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى وجه الاستحسان
ان الدخول حقيقة لغة وعرفا في الانفصال من الخارج الى الداخل ولا دوام لذلك فليس الدوام
مفهومه ولا جزء مفهومه وكونه مما يصح ان يراد باللفظ مجازا لانه لازم للدخول عادة وان قل اذا كان
الدخول يراد للمكث لا يقتضي الحنث به لان اليمين لا تنعقد على معنى المجازي للفظ بل الحقيقي وكذا لو كان
حلف ليدخلنها غدا وهو فيها فمكث حتى مضى الغد حنث لانه لم يدخلها فيه اذ لم يخرج ولو نوى
بالدخول الاقامة فيه لم يحنث. وعلى هذا قد يقال ليس هنا قياس في مقابلة الاستحسان لان القياس
الكاين في مقابلته هو ما يتبادر ويتسارع الى الذهن ولا يتسارع لاحد من لفظ ادخل معنى استمر
مقيما فيقضي العجب من زفر بقوله بالحنث وهذه المسالة عليها الايمة الاربعة الا في وجه عند الشافعية
كقول زفر ونظير المسالة حلف لا يخرج وهو خارج لا يحنث حتى يدخل ثم يخرج وكذا لا يتزوج وهو
متزوج ولا يتطهر وهو متطهر فاستدام النكاح والطهارة لا يحنث بخلاف المسايل التي ذكرها بقوله
لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وكذا لا يركب هذه الدابة وهو راكبها ولا يسكن هذه الدار
وهو ساكنها فمكث قليلا حنث فلو نزع الثوب من ساعته او نزل او اخذ في النقلة لم يحنث خلافا
لزفر اما الاول وهو الحنث بمكثه فلان هذه الافاعيل لها دوام بحدوث امثالها ولهذا لو قال
لها كلما ركبت فانت طالق وهي راكبة فمكثت ساعة يمكنها النزول فيها طلقت فان مكثت ساعة
اخرى كذلك طلقت اخرى بخلاف ما لو قال كلما ركبت دابة فركب لزمه طلقة واحدة وان طال
مكثه لان لفظ ركبت اذا لم يكن الحالف راكبا يراد به انشاء الركوب فلا يحنث بالاستمرار وان كان له
حكم الابتدا بخلاف حلف الراكب لا يركب فانه يراد به الاعم من ابتداء الفعل في حكمه عرفا واستوضح
الى ان هذه الافعال لها دوام بتجدد امثالها بقوله الا ترى انه لا يضرب لها مدة يقال ركبت
يوما ولبست يوما وسكنت شهرا بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى ضرب المدة
والتوقيت لنفس الدخول بل يقال في مجاري الكلام دخلت عليه يوما مرادا به اما مجرد بيان الظرف
لا التقدير واما مطلق الوقت اذ كان لا يمتد فيراد به ما يعم النهار والليل وذلك اعني عدم

ضرب المدة لتقدير التحول دليل انه ليس فيه تجدد امثال يصير به منكرا ليحنث بحدوث المكررات
فلا يحنث الا بابتداء الفعل الا ان ينوي به البقاء وهنا على عكسه ينعقد بمقتضى مطلق اللفظ على الاعم
من الابتداء والبقاء واما الابتداء فقط فيحتمله حتى لو اراد بقوله لا اسكن او اركب او البس ابتداء الفعل
فقط صدق لانه يحتمل كلامه فلا يحنث باستمراره ساكنا او راكبا ووقع لبعض اهل العلم على كون هذه
لها تجدد امثال يصير بها في معنى الابتداء انه لو حلف وهو لابس ليلبس هذا الثوب غدا فاستمر
لابسه حتى مضى الغد لا يحنث بمنزلة ما لو نزعه ثم لبسه في الغد ثم انما يحنث بتاخر ساعة اذا امكنه
النقل فيها فاما اذا لم يقدر بان تعذر الليل وخوف اللص او منع ذي سلطان او عدم موضع ينتقل
اليه حينئذ او اغلق عليه الباب فلم يستطع فتحه او كان شريفا او ضعيفا لا يقدر على حمل المتاع بنفسه
ولم يجد من ينقلها لا يحنث ويلحق ذلك الوقت بالعدم للعذر وا ورد ما ذكر الفضلي فيمن قال ان لم
اخرج من هذا المنزل اليوم فهي طالق فقيد ومنع من الخروج حنث وكذا اذا قال لامراته وهي في
منزل ابيها ان لم تحضري الليلة منزلي فطالق فمنعها ابوها حنث. اجيب بالفرق بين كون المحلوف
عليه عدميا فيحنث بتحققه كيف ما كان لان العدم لا يتوقف على الاختيار وكونه فعلا فيتوقف عليه
كالسكنى لان المعقود عليه الاختياري وينعدم بعدمه فيصير مسكنا لا ساكنا فلم يتحقق شرط الحنث
وسنذكر في فروع ونوضح الوجه بتمامه ان شاء الله. ولذا لو بقي اياما في طلب مسكن وترك الامتعة
والاهل في هذه الايام لا يحنث في الصحيح لان طلب المنزل من عمل النقل فصار مدة الطلب مستثناة اذا لم
يفرط في الطلب وهذا اذا خرج من ساعته في طلب المنزل ولو اخذ في النقلة شيئا فشيئا فان كانت النقلات
لا تفتر لا يحنث ولو امكنه ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم فلبس عليه ذلك ولا يلزمه النقل باسرع الوجوه
بل بقدر ما يسمى ناقلا في العرف واما الثاني فوجه قول زفر رحمه الله ان الحنث قد وجب بما وجد من القدر
اليسير من السكنى والركوب واللبس. ولنا ان اليمين تعقد للبر لا للحنث ابتداء وان وجب الحنث في بعض
الاوقات واذا كان المقصود من اليمين وضعا البر وجب استثناء مقدار ما تحققه من الزمان
وهو قدر ما يمكنه فيه النزول والنقلة والنزع **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو وترك
متاعه واهله فيها ولم يرد الرجوع حنث وهذه المسألة فرع التي قبلها لما كان بالاخذ في النقلة من
ساعته برذكر معنى النقلة التي بها يتحقق البر فبين انه لابد في كونه منتقلا من الدار من نقل الاهل
والمال وكذا الحلف على ان لا يسكن في هذه المحلة او السكة لو خرج بنفسه عازما على عدم العود ابدا
حنث وان خرج على عزم ان يرسل من ينقلهم لانه يعد المتاهل ساكنا بمحل سكنى اهله وماله عرفا واستشهد
للعرف بان السوقي عامة نهاره في السوق بحيث لا يخرج عنه الا ليلا او بعض الليل ايضا ويقول انا ساكن
في محلة كذا وذلك لقرار اهله وماله بها وبهذا القول قال احمد ومالك وعند الشافعي لا يحنث اذا خرج
بنية التحويل قيل هذا الخلاف بيننا وبينه مبني على ان العبرة عنده لحقيقة اللفظ ولا تعتبر العادة
خلافه وهو اذا خرج بنية عدم العود فقد انتقل اذ لا شك انه بنفسه انتقل وعندنا العبرة للعادة
لطروها على الحقيقة والحالف يريد الشطار محمل كلامه عليه والعادة ان من كان اهله بمكان ببلد
هو بها فهو ساكن فيه عرفا العرف فبني اللفظ عليه وهذا اذا كان الحالف مستقلا بسكناه قائما على
عياله فان كان سكناه تبعا كابن كبير ساكن مع ابيه او امراة مع زوجها فلو حلف احدهما لا يسكن هذه

تخرج بنفسه وترك اهله وماله وان كان مستقلا بسكناه نعم لقائل ان ينظر فيما استشهد به للعرف
وذلك ان السوقي انما يقول انا ساكن في محلة كذا وهو على نية العود فلا يكون دليلا على ثبوت السكنى فيما
اذا خرج عازما على عدم العود كما هي صورة المسألة فالوجه ترك خصوص هذا الشاهد ويدعى ان العرف
على انه ساكن ما لم ينقل اهله وماله حتى انه يقال بعد خروجه كذلك فلان يريد ان ينتقل عن سكنه
ولكن لم ينتقل بعد **قوله** ولو كان اليمين على المصر الى اخره ما تقدم كان فيما اذا حلف لا يسكن
هذه الدار ومثله البيت والسكة والمحلة وهي تسمى في عرفنا الحارة فلو كان حلف لا يسكن هذا
المصر او هذه المدينة قال لا يتوقف البر على نقل المتاع والاهل فيما روي عن ابي يوسف رحمه الله
لانه لا يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه بنفسه وان ترك اهله وماله عرفا فلا يقال لمن اهله
بالبصرة وماله وهو بنفسه قاطن في الكوفة هو ساكن في البصرة والقرية بمنزلة المصر في الصحيح من الجواب
فلو حلف لا يسكن هذه القرية او البلدة وهي قرية فانتقل الى قرية اخرى وترك اهله وماله في
الاولى لا يحنث وقوله هو الصحيح احتراز عمن قال هي كالحلف لا يسكن الدار فيحنث **قوله** ثم قال ابو حنيفة
لابد في كونه انتقل من الدار وما شاكلها مما ذكرنا من نقل كل المتاع حتى لو بقي وتد ونحوه يحنث لان
السكنى من الحالف تثبت بالكل فتبقى ما بقي منه شيء في المبسوط وهذا اصل لابي حنيفة حتى جعل صفة
السكون في العصير مانعا من ان يكون خمرا وبقاء مسلم واحد منا في بلدة ارتد اهلها مانعا من ان يصير
دار حرب الان مشايخنا قالوا هذا اذا كان الباقي يتاتى به السكنى واما بقاء مكنسة او وتد او قطعة
حصير لا يبقى بها ساكنا فيها فلا يحنث. وتحقيقه وجه دفعه ان قوله السكنى تثبت بالكل ان اراد ان مجموع الكل
هو العلة في سكناه مع انقطاع نفسه الى القرار في المكان معناه والا لزم انه لو سرق بعض ماله الا ما
انتفت السكنى فعلم ان السكنى تثبت مع الكل باتفاق الحال فانما هي منوطة في العرف بقراره على وجه
الانقطاع اليه مع ما يتاتى به دفع الحاجات الكائنة في السكنى فكانت السكنى ثابتة مع الكل وبدون
الكل على ان الكلام هنا باعتبار العرف والعرف يعد من خرج لا يريد العود ونقل اهله وبعض ماله
يريد ان ينقله بعد ذلك او تركه لتفاهته وعدم الالتفات اليه تاركا لسكنى ذلك المكان وقال
ابو يوسف يعتبر في البر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر بان يغفل عن شيء كابرة في شق حائط او يتعسر
وقال محمد يعتبر في البر نقل ما يقوم به كدخدائيته اي سكناه فيما انتقل اليه لان ما وراء ذلك ليس
من السكنى اذ ليس من حاجتها قال المصنف رحمه الله قالوا هذا احسن وارفق بالناس في نفي الحنث عنهم ومنهم
من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافي على ان الفتوى على قول ابي يوسف
ولا شك ان المدار هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف في انه ساكن او لا والحق ان من خرج
على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من امتعته فيه ما يقوم به امر سكناه وهو على نية نقل الباقي
يقال ليس ساكنا في هذا المكان بل انتقل عنه وسكن في المكان الفلاني وهذا الخلاف في نقل الامتعة
اما الاهل فلابد في البر من نقلهم كلهم اتفاقا **قوله** وينبغي ان ينتقل الى منزل اخر حتى يبر بالاتفاق
فانه لو انتقل الى السكة او المسجد لم يبر بالاتفاق فانهم اختلفوا قيل يحنث وعليه اقتصر نقل المصنف
استدلالا بما في الزيادات لو في نقل عياله الى مكة ليستوطن فلما توطن بمكة بدا له ان يرجع الى خراسان
فمر بالكوفة يصلي بها ركعتين لان وطنه بالكوفة انتقض بوطنه بمكة وان بدا له في الطريق قبل ان يدخل

الى مكة صلى بالكوفة ما ارا عليها اربعا لان وطنه بالكوفة كان بها لم يتخذ وطنا اخر فكذا هنا يبقى وطنه الاول
ما لم يتخذ وطنا اخر وقيل لا يحنث لانه لم يبق ساكنا وقال ابو الليث ان سلم داره بالاجارة او رد المستاجرة
الى المواجر لا يحنث وان لم يتخذ دارا اخرى واطلاق عدم الحنث اوجه وكون وطنه باقيا في حق اتمام
الصلاة ما لم يستوطن غيره لا يستلزم تسميته ساكنا عرفا بذلك المكان بل يقطع من العرف فيمن نقل اهله
وامتعته وخرج مسافرا ان لا يقال فيه انه ساكن في تلك الحال بل يقال فيه حال السفر انتقل عن سكنى
هذا المكان وهو قاصد سكنى كذا واذا لم يتخذ له قصد مكان معين قيل هو الان غير ساكن في مكان حتى
ينظر اين يسكن واذا ثبت نفي تلك السكنى ثبت البر والله تعالى اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب

الخروج مقابل للدخول فناسب اعقابه به ويعقب الخروج الركوب ثم الرجوع وهو الاتيان فلما ارتبطت
اوردها في باب الخروج **قوله** ومن حلف لا يخرج من المسجد او الدار او البيت وغير ذلك فامر انسانا
فحمله فاخرجه حنث لان فعل المامور مضاف الى الامر فصار كما لو ركب دابة فخرجت به فانه يحنث لان فعل
الدابة مضاف اليه كذا هنا ولو اخرجه مكرها لم يحنث لان الفعل وهو الخروج لم ينتقل الى الحالف
لعدم الامر وهو الموجب للنقل والمراد من الاخراج مكرها هنا ان يحمله ويخرجه كارها لذلك لا
الاكراه المعروف وهو ان يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف ان الاكراه لا يعدم
الفعل عندنا ونظيره ما لو حلف لا ياكل هذا الطعام فاكره عليه حتى اكله حنث ولو اوجر في حلقه لا
يحنث ولو حمله برضاه لا بامره لا يحنث في الصحيح وقيل يحنث لانه لما كان يقدر على الامتناع فلم يفعل
صار كالامر وجه الصحيح ان الانتقال بالامر لا بمجرد الرضا ولم يوجد الامر ولا الفعل منه فلا ينسب الفعل
اليه ولو قيل قصر الانتقال على الامر محل النزاع لان من يقول يحنث يجعل الرضى ايضا ناقلا فلا دفع بغير اتفاق
وهو ما اذا امره ان يتلف ماله فتلف لا يضمن المتلف لانتساب الاتلاف اليه بالامر فلو اتلفه وهو ساكت
ينظر اليه لم يضمن من غير تفصيل لاحد بين كونه راضيا او لا ثم اذا لم يحنث باخراجه محمولا لا باختيار او بهبوب
ريح حملته هل تنحل اليمين قال السيد ابو شجاع تنحل وهو ارفق بالناس وقال غيره من المشايخ لا تنحل وهو
الصحيح ذكره التمرتاشي وقاضي خان وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه
المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فتبقى على حالها في الذمة ويظهر اثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا
الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه ارفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث
ووجبت الكفارة وهو الصحيح **قوله** ومن حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة ونحوه فخرج الى الجنازة ثم
ذهب الى حاجات له اخرى لم يحنث لان الخروج الموجود منه الى الجنازة مستثنى من الخروج المحلوف عليه
والمضي بعد ذلك ليس بخروج لانه ليس الا الانفصال من الباطن الى الظاهر والذهاب ليس ذلك
قوله ولو حلف لا يخرج الى مكة او دار فلان ونحوه فخرج مريدا مكة او دار فلان ثم بدا له فرجع قبل ان
يصل حنث وهذا لان الخروج هو الانفصال من الداخل الى الخارج وقد وجد بقصد مكة وهو المحلوف
على عدمه فيحنث به رجع او لم يرجع ومقتضى هذا ان يحنث اذا رجع وان لم يجاوز عمران مصره وقد قالوا انما
يحنث اذا جاوز عمرانه على قصدها كانه ضمن لفظ اخرج معنى اسافر للعلم بان المضي اليها سفر لكن على هذا
لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغي ان يحنث بمجرد انفصاله من الداخل **قوله** ومن حلف لا ياتيها
فخرج يقصدها لم يحنث حتى يدخلها لان الاتيان عبارة عن الوصول قال تعالى فاتيا فرعون فقولا ولو
حلف لا يذهب اليها قيل هو كالاتيان فلا يحنث حتى يدخلها وهو قول نصير قال تعالى اذهبا الى فرعون
والمراد الوصول اليه وتبليغه الرسالة وقيل الذهاب كالخروج وهو قول محمد بن سلمة واختاره فخر الاسلام
قال المصنف وهو الاصح قال تعالى ليذهب عنكم الرجس اي يزيله فبمجرد تحقق الزوال تحقق الحنث وكونه
استعمل مرادا به الوصول في اذهبا الى فرعون لا يدل على انه لازم في استعماله لانه غاية الامر ان يكون صادقا
مع الوصول ومع عدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول
فلا يتعين احدهما لتحقق المسمى بمجرد الانفصال وهذا اذا لم ينو بالذهاب شيئا ولو نوى الخروج او الاتيان
صحت نيته ثم في الخروج والذهاب اليه يشترط للحنث الخروج عن قصد وفي الاتيان اليه لا يشترط القصد
للحنث بل اذا وصل اليه حنث قصدا ولم يقصد كذا في جامع قاضي خان والفوائد الظهيرية **قوله**
فان حلف لياتين البصرة هذا ونحوه من الافعال المستقبلة اذا حلف على ان يفعلها في المستقبل فاما ان يطلقها
او يوقتها بوقت مثل لافعلن غدا او فيما بيني وبين يوم الجمعة ففي المطلقة مثل ليضربن زيدا وليعطين
فلانا او ليطلقن زوجته لم يحنث حتى يقع الياس عن البر لان اليمين تبقى ما امكن البر وحيث لم تقيد اليمين
بوقت يفوت البر بفواته لم يسقط اليمين ولم يلزم اخلالها فتبقى الى ان يقع الياس عن البر ليحكم حينئذ بالحنث
ولا يقع الياس الا في اخر جزء من اجزاء الحيوة فان كان الحلف بطلاقها ليفعلن ولم يفعل حنث بموت احدهما
ولا فرق في ذلك بين موته وموتها في الصحيح وتقدمت هذه في الطلاق وفي المقيدة تتعلق باخر الوقت فلو
مات قبل مضي الوقت فلم يفعل لم يحنث فاذا قال ان لم افعل غدا كذا فعبدي حر فمات قبل الغروب ولم يفعل
لا يعتق عبده **قوله** ولو حلف بالله او بطلاق او عتاق لياتينه غدا ان استطاع وصورته في التعليق ان
يقول لامراته انت طالق ان لم اتك غدا ان استطعت ولا نية له تنصرف الاستطاعة الى سلامة الالات في الفعل المحلوف
عليه وصحة اسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا انما اراد بقوله استطاعة الصحة
دون القدرة اي دون الاستطاعة التي هي القدرة التي لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تاثير لها فيه لان
افعال العباد مخلوقة لله تعالى ولو اراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم ياته لعذر
منه او لغير عذر لا يحنث كانه قال لاتينك ان خلق الله تعالى اتياني والا ان لا يخلق اتياني وهو اذا لم ياتك
لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والا لاتى واذا صحت ارادتها هل يصدق ديانة وقضاء
او ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازي وقيل ديانة
وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذا كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول
اوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه
وهو سلامة الالات الفعل وصحة اسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضي في
خلاف الظاهر **قوله** ومن حلف لا تخرج امراته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة اخرى
بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج ومثله ان خرجت الا بقناع ونحوه لان المستثنى في قوله
الا باذني خروج مقرون بالاذن فما وراء الخروج الملصق بالاذن داخل في الحظر العام وهو النكرة المؤكد
من الفعل في سياق النفي فان المعنى لا تخرج الا باذني وطريق اسقاط هذا الاذن ان يقول كلما اردت الخروج
فقد اذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند ابي يوسف خلافا لمحمد ووجه قول محمد انه لو اذن لها

مرة ثم نهى عن نهيه اتفاقا فكذا بعد الاذن العام ولابي يوسف انه انما عمل نهيه بعد المرة لانه
مفيد لبقاء اليمين بعده بخلاف النهي بعد الاذن العام لانه لا يفيد لارتفاع اليمين بالاذن
العام ولو اذن لها اذنا غير مسموع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه
لم يفصل بين المسموع وغيره ولهما ان الاذن انما سمي اذنا لكونه معلما او لوقوعه في الاذن ولم يوجد شيء
انعقاد اليمين على الاذن في قوله ان خرجت الا باذني فانت طالق او والله لا تخرجين الا باذني مقيد
ببقاء النكاح لان الاذن انما يصح لمن له المنع وهو مثل السلطان اذا حلف انسانا ليرفعن اليه خبر كل
داعر في المدينة كان على مدة ولايته فلو ابانها ثم تزوجها فخرجت بلا اذن لا تطلق وان كان
زوال الملك لا يبطل اليمين عندنا لانها لم تنعقد الا على مدة بقاء النكاح ولو نوى الاذن مرة واحدة
باللفظ المذكور يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر فلذا لا يصدقه القاضي
اما انه خلاف الظاهر فظاهر مما قررناه واما انه محتمل كلامه فلان الاذن مرة موجبا للغاية في قوله
لا تخرجي حتى اذن لك وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان حكم كل واحد منهما بعد الاستثناء والغاية
مخالف لما قبلهما فيستعار الا باذني لمعنى حتى اذن وفي حتى اذن تنحل بمرة واحدة وقد بحث بعضهم
في حتى انها ايضا توجب التكرار واستدل بقوله تعالى حتى تستانسوا فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم ونحن
نقول ان قام الاجماع على ان التكرار يراد فلا نزاع وانما الكلام في انه هو مؤدى اللفظ فقلنا لا فانه اذا
قال حتى اذن لك يكون قد جعل النهي عن الخروج مطلقا مغيا بوجود ما هو اذن له وبمرة واحدة من
الاذن يتحقق ما هو اذن فيتحقق غاية النهي فيزول المنع المضاف الى اللفظ فان كان منع آخر فبغيره من
دليل آخر واعلم انه اريد به خلاف مقتضاه وظاهر مذهب الشافعي في قوله الا باذني انه تنتهي اليمين
بخرجة واحدة باذن الزوج او بغير اذنه فلا تطلق بالخروج بعده بلا اذن وفي وجه كقولنا وهو اختيار
المزني والقفال قوله ولو قال الا ان آذن لك فاذن لها مرة واحدة ثم خرجت بعدها بغير اذنه
لم يحنث ونقل عن احمد لزوم تكرار الاذن فيه ايضا مثل الا باذني وهو قول الفراء لان المعنى الا خروجا باذني
لان ان والفعل في تاويل المصدر ولا يصح الا خروجا اذني فلزم ارادة الباء اضمار باذني والجواب
انه لا بد من احد الامرين اما ما ذكر من ارادة الباء محذوفة او ما قلنا من جعلها بمعنى حتى مجازا اي حتى آذن لك
وعلى الاول يكون كالاول وعلى الثاني ينعقد على اذن واحد واذا لزم في الا ان اذن لك احد المجازين وجب
الراجح منهما ومجاز غير الحذف اولى من مجاز الحذف عندهم لانه تصرف في وصف اللفظ ومجاز الحذف
تصرف في ذاته بالاعدام مع الارادة ثم هو موافق للاستعمال القرآني قال تعالى لا يزال بنيانهم الذي
بنوا ريبة في قلوبهم فان قيل فقد تحقق معنى ما باضمار الباء ايضا في قوله لا تدخلوا بيوت النبي
الا ان يؤذن لكم الاية والثابت وجوب تكرار الاذن اجيب بالمنع بل وجوب التكرار بغيره من الادلة
الموجبة منع دخول الانسان بيت غيره فضلا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الا باذنه وكذا كل ما
كان مثل هذا وهو كثير مثل وما تشاؤون الا ان يشاء الله ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا ان
يشاء الله ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا معروفا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان
تكون تجارة عن تراض منكم وغير ذلك فان كلا منها يستقل فيه دليل على المنع او الفعل مع كل منكر فانما
يلزم لو لم يكن دليل على التكرار سواه وقد اجيب ايضا عن الاية الاولى بان لزوم تكرار الاذن للعلة المنصوصة

فيها من قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي فالزم بعض المحشيين ان يكون كذلك فيما نحن فيه لان خروج
المراة بغير اذن الزوج مما يؤذي الزوج ايضا وهذا ذهول عظيم لان الثابت بالعلة المنصوصة
في قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي المنع الذي حكم شرعي وهو يثبت بالعلل الشرعية اما هاهنا
فالنظر فيما ينعقد عليه يمين الحالف ويلزم بعدمه الكفارة وذلك لا يكون الا باللفظ الناص على المحلوف
عليه لا بالعلة لو صرح بها بان قال والله لا اشرب ماء العنب المشتد لاسكاره فانه لو شرب من الانبذة
احد انه حنث ولزمه كفارة مع انه لم يحلف عليه بخلاف ما لو حلف لا يشرب مسكرا فكيف اذا لم يصرح
بها بل استنبطت كما فعل هذا الباحث حيث استنبط ان الزوج يكره خروج زوجته بلا اذن نعم قد
يقال لا نجد دليلا يدل على منع كل دخول الا باذن وكل مشيئة للعباد الا بمشيئة الله وكل قول الى فاعل
كذا الا قرانه بالمشية سوى الادلة المذكورة خصوصا في الاخير ولو فرض الاجماع على ذلك فمستند
الاجماع ليس الا هذه الادلة واقل ما في الباب ان يكون وجود هذا المجاز اكثر والكثرة من اسباب
الترجيح وحينئذ يكون غير مجاز الحذف اولى بحيث يكون الحذف فيه مطردا مستمرا فهو مما من اللفظ بلا زيادة
تامل وانت علمت ان حذف حرف الجر مع ان وان مطرد وهنا لفظان اخران هما الى ان اذن لك ويجب ان
لهما مسلك حتى وبغير اذني ويجب فيه تكرار الاذن مثل الا باذني لان المعنى فيهما واحد مع وجود الباء
وهذا كله بخلاف ما لو قال لا اكلم فلانا الا باذن فلان او حتى ياذن او الا ان ياذن او الا ان يقدم فلان
او حتى يقدم او قال لرجل في داره والله لا تخرج الا باذني فانه لا يتكرر اليمين في هذا كله لان قدوم فلان
لا يتكرر عادة بخلاف الاذن للزوجة فانه لا ينتهي وال الاذن لك الخروج الماذون فيه عادة لا كل خروج
الا بنص صريح فيه مثل اذنت لك ان تخرجي كلما اردت الخروج ونحوه فكان الاقتصار في هذا الوجود القار
عن التكرار الا ان العرف في الكل على التفصيل المذكور بل مؤدى اللفظ ما ذكرنا وثبوت خلافه للصارف
العرفي بنحو ذلك المؤدى اللفظي في مثل ان خرجت الا باذني والا ان اذن لك لم يقع العرف بخلافه فوجب اعتباره
كذلك قوله ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث
وكذلك ان اراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه وهذه تسمى يمين
الفور انفرد ابو حنيفة رحمه الله باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي ان يحلف مطلقا ومؤقتة
وهي ان يحلف ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر فاخرج ابو حنيفة رحمه الله يمين الفور وهو يمين مؤبدة
لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال وهي ما يكون جوابا للكلام تتعلق بالحال مثل ان يقال تعال تغد عندي
فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا
تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤول الغداء الحالي فينصرف الحلف الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحال
بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه
زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه اولى من الغاء
لفظ صريح في معناه او يكون بناء على امر حالي كامراة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست
ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكانه قال ان خرجت الساعة
ومنه من اراد ان يضرب عبده فحلف عليه لا يضربه فاذا تركه ساعة بحيث يذهب فور ذلك ثم ضربه
لا يحنث لذلك بعينه وقال زفر رحمه الله يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل خروج

وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس ووجه الاستحسان ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية
قوله ومن حلف لا يركب دابة فلان اعلم انه اذا حلف لا يركب دابة فلان انعقد على حماره وبغلته وفرسه
فلو ركب جمله او فيله لم يحنث وان كان اسم الدابة لما يدب على الارض لان العرف خصصه بالركوب المعتاد
والمعتاد هو ركوب هذه الانواع الثلاثة فيتقيد به وان كان الجمل مما يركب ايضا في الاسفار وبعض الاوقات
فلا يحنث بالجمل الا اذا نواه وكذا الفيل والبقر اذا نواه حنث والا لا وينبغي ان كان الحالف من البدو ان
ينعقد على الجمل ايضا بلا نية لان ركوبها معتاد لهم وكذا اذا كان حضريا جمالا والمحلوف على دابته جمال
دخل في يمينه بلا نية واذا كان مقتضى اللفظ انعقادها على الانواع الثلاثة فلو نوى بعضها دون
بعض بان نوى الحمار دون الفرس مثلا لا يصدق ديانة ولا قضاء لان نية الخصوص لا تصح في غير اللفظ
وسياتي تمامه في الفصل الذي بعده ولو حمل على دابة مكرها لا يحنث على وزان ما تقدم في اول
الفصل ولو حلف لا يركب مركبا ولا نية له حنث بكل مركب سفينة او محمل او دابة ولو ركب دابة عبد
ماذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة الا ان ينوي دابة عبده فيحنث به الا اذا
كان على العبد دين مستغرق فانه لا يحنث حينئذ بركوبها وان نوى دابة العبد ايضا لانه لا ملك للمولى
فيه عند ابي حنيفة رحمه الله واما انه لا يحنث بركوب دابة العبد وان لم يكن عليه دين او كان لكنه غير
مستغرق الا ان ينويه فلان الملك فيه وان كان للمولى لكنه عرضت اضافته الى العبد عرفا وشرعا قال
صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبائع الا ان يشترطه المبتاع وان باع نخلا قد ابرت
فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع اخرجه الستة كلهم عن الزهري عن سالم عن ابن عمر عنه عليه السلام
فاختلت اضافة المال الى المولى وان كان ملكا له فقصر الاطلاق عنها وله الا بالنية وقال ابو يوسف
في الوجوه كلها وهو ما اذا لم يكن عليه دين او عليه مستغرق او غير مستغرق يحنث اذا نواه فيتحقق خلافه
لابي حنيفة فيما اذا كان عليه دين مستغرق ونواه فان عند ابي حنيفة لا يحنث لعدم ملك السيد لما
في يده وعند ابي يوسف هو مملوك للسيد وان استغرق فيحنث بنيته وقال محمد يحنث في الوجوه الخمسة
وهي ما اذا لم يكن عليه دين او عليه مستغرق وغير مستغرق نوى دابة العبد او لم ينو لاعتبار حقيقة
الملك في الدابة المحلوف عليها اي انعقدت يمينه على كل دابة يملكها المحلوف على دابته وما في يد الماذون
ملك السيد وان كان مديونا مستغرقا فيتحقق الحنث بركوبها وقول محمد هو قول مالك والشافعي واحمد
والظاهر ان ابا حنيفة رحمه الله تعالى اسعد بالعرف هنا فانه يقال هذه دابة عبد فلان وتلك دابة
سيده فينصرف اليمين الى ما يضيفه العرف لا الى ما يضيفه الملك اليه مع اضافة العرف اياه الى غيره
واقل ما يجب اذا صارت هذه الدابة تضاف الى كل منهما ان لا ينعقد عليها الا بقصدها لانه ان نظر
الى اضافتها اليه انعقدت عليها وان نظر الى اضافتها الى غيره لم تنعقد عليه فلا ينعقد عليها الا ان ينويها
غير انه يقول اذا كان دينه مستغرقا انقطعت الاضافة الى السيد بالكلية لانعدام الملك لان العرف ما كان
يضيفه الى السيد مع اضافته الى العبد الا باعتبار ملكه فاذا انتفى انتفى والله سبحانه وتعالى اعلم

باب اليمين في الاكل والشرب

اعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من الماكول والمشروب والبداءة
بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال والاكل ايصال ما يتاتى فيه المضغ الى الجوف
وان ابتلعه بلا مضغ والشرب ايصال ما لا يتاتى فيه المضغ كالماء واللبن والنبيذ هكذا في التجريد وذكر الزندويستي
ان الاكل عبارة عن عمل الشفاه والحلق والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق
دون الشفاه والمص عبارة عن عمل اللهوات فعلى هذا لو كان في فمه شيء فحلف لا ياكل فابتلعه ينبغي ان لا يحنث
وفي فتاوى ابي الليث ما يدل على انه يحنث وهو الصواب اذ لا شك في انه اكل اذا كان مما يمضغ على تفسيره
بايصال ما يتاتى مضغه الى الجوف ولا شك ان قوله عمل الشفاه انما يراد حركتها فهو في الاكل ويلزم ان يحنث
ببلع ما كان في فمه لانه لا بد من حركة شفتيه وهذا لانه لا يمكن ان يراد من عمل الشفاه هشمها والحوات
الذوق عمل الفم لمجرد معرفة الطعم وصل الى الجوف او لا فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا فيكون بينهما
عموم مطلق ولا يخفى ان الاكل اذا كان ايصال ما يتاتى هشمه لم يكن عمل الفم معتبرا في مفهومه وان كان
قد يتحقق معه لزم ان بينهما عموما من وجه فيجتمعان في ايصال ما هشم فان الهشم عمل الفم اعني الحنكين
وينفرد الذوق فيما لم يوصل والاكل فيما ابتلع بلا مضغ مما يتاتى مضغه ولا يعرف طعمه الا بالمضغ للقلب
اللوز والجوز لكن في المحيط حلف لا يذوق فاكل او شرب يحنث ولو حلف لا ياكل ولا يشرب لا يحنث بالذوق
وما روى هشام حلف لا يذوق فيمينه على الذوق حقيقة وهو ان لا يوصل الى جوفه الا ان يتقدمه
كلام يدل عليه نحو ان يقول تعال تغد معي فحلف لا يذوق معه طعاما ولا شرابا فهذا على الاكل والشرب
يدل على ان عدم الوصول الى الجوف ماخوذ في مفهوم الذوق فعلى هذا ينبغي ان لا يحنث بالاكل في الحلف
على الذوق والذي يغلب على ظني ان مسئلة المحيط يراد بها الاكل المقترن بالمضغ او البلع لما لا يتوقف
معرفة طعمه على المضغ لانا نقطع بان ابتلاع قلب لوزه لا يقال فيه ذاق اللوز لا يحنث ببلعها واذا حلف
لا ياكل شيئا مما لا يتاتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يوكل فاكله معه حنث ولو عنى بالذوق الاكل لم يصدق
في القضاء ولو حلف لا ياكل عنبا او رمانا فجعل يمصه ويرمي ثفله ويبتلع المتحصل بالمص لا يحنث لان
هذا ليس اكلا ولا شربا بل مص ولو حلف لا ياكل لبنا فشربه لا يحنث ولو ثرد فيه فاوصله الى جوفه حنث
ولو حلف لا يشرب لبنا فثرد فيه فاكله لا يحنث ولو شربه حنث قيل هذا اذا حلف بالعربية فاما اذا
حلف بالفارسية فانه يحنث مطلقا وهو الصحيح لان كلا من الاكل والشرب يسمى خردن فاذا قال نخورم لا
صدق عليهما فيحنث بكل منهما وهذا حق وعليه الفتوى ولو حلف لا ياكل هذا الرغيف فجففه ودقه
ثم مرسه بالماء فشربه لا يحنث ولو اكله مبلولا حنث والسويق اذا شربه بالماء يكون شرابا لا اكلا فان بله
بالماء فاكله حنث قوله ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو على ثمرها بالمثلثة اي ما يخرج منها
لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل ومثله لا يحلف على عدم اكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فلغو الحلف
فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج
لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد فلا يحنث بالنبيذ والخل والناطف والدبس المطبوخ واحترز
به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذي يسمى في عرفنا صقر الرطب فانه يحنث بالرطب
والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا ولذا عطف
عليه في قوله تعالى لياكلوا من ثمره وما عملته ايديهم وقيل لان ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء
من النخلة ومن لابتداء الغاية وكلما خرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة
في كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية نعم من المذكورة في التاويل اعني قوله لا اكل مما يخرج من

الضلة ابتدائية وهو غير مذكور وكانه اعتبر كالمذكور ومثله حلف لا ياكل من هذا الكرم فهو على
عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ما العنب وهو ما يخرج
بلا صنع عند انتهاء نضج العنب ولانه كان كما بين القشر بخلاف ما لو حلف لا ياكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه
وعصيره لان حقيقته ليست مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب ثم انصراف اليمين الى ما يخرج في الحلف لا
ياكل من الشجرة فيما اذا كان لها ثمرة فان لم يكن لها ثمرة انعقدت على ثمنها فيحنث به اذا اشترى به ماكولا

فرع حلف لا ياكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة اخرى فاكل من تلك الشجرة من هذا
الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث **قوله** وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله لم يحنث
وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب فصار تمرا ومن هذا اللبن فصار شيرازا اي رائبا وهو الخاثر
اذا استخرج ماؤه فاكله لا يحنث لان الاصل ان المحلوف عليه اذا كان بصفة داعية الى اليمين تقيد به
في المعرف والمنكر فاذا زالت زال اليمين عنه وما لا يصلح داعية اعتبر في المنكر دون المعرف وصفة
البسورة والرطوبة مما قد تدعو الى اليمين بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما
عقد عليه اليمين فاكله اكل ما لم ينعقد عليه وخص اللبن وجه ذكره بقوله ولان اللبن ماكول فلا
ينعقد الا على عينه لا على ما يصير اليه لان الحقيقة غير مهجورة فلا يحنث بشيرازه ولا سمنه وزبده
بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبي وهذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ لان هجران المسلم بمنع الكلام معه
منهي فلم يعتبر ما يخال داعيا الى اليمين من جهله وسوء ادبه اذ كان الشارع منعنا من هجران المسلم
مطلقا مع علمه بان الداعي قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع ونظر فيه بان الهجران قد يجوز او يجب اذا
كان لله بان كان يتكلم بما هو معصية او يخشى فتنة او افساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران
مطلقا فيحنث حلف لا يكلمه لا حكم الا انه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعي فيتقيد بصباه وشبيبته
ونذكر ما فيه من المسالة التي تليها **قوله** ولو حلف لا ياكل من لحم هذا الحمل فاكل منه بعد ما صار كبشا
حنث لان صفة الصغر في هذا ليست داعية الى اليمين فلا يتقيد به فانعقدت على ذاته فيحنث به
كبشا لوجود ذاته فيه وانما قلنا ليست داعية لان الصغر داع الى الاكل لا الى عدمه فالممتنع عنه
مع صلوحه اشد امتناعا عنه كبشا وفي هذا نظر لان الحمل ليس محمودا في الضان لكثرة رطوبته زيادة
حتى قيل له النحس من بين الجيدين بخلافه كبشا فان لحمه حينئذ اكثر قوة وتقوية للبدن لقلة رطوبته
فصار كالحلف لا ياكل من هذا الرطب فاكله تمرا لا يحنث واعلم ان ايراد مثل هذا وما قبله في مسئلة لا اكلم
هذا الصبي ذهول عن وضع هذه المسائل ونسيان انها تبنى على العرف فيصرف اللفظ الى المعتاد في العمل
والعرف في القول وان المتكلم لو اراد معنى يصح ارادته بل اللفظ لا يمنع منه ففي مسئلة الحمل العموم يتصلون
وهو عندهم غذاء في غاية الصلاح وما يدرك نحسه الا افراد عرفوا اشياء من الطب فوجب حكم العرف اذا
لم يكن له نية ان يصرف اليمين الى ذات الحمل لانه لما كان صالحا في الغاية عند العموم لا حكم على الفرد من العموم
انه على خلافهم فيتصرف بخلفه اليه فيلزم ان لا تعتبر الحملية قيدا وكذا الصبا لما كان موضع الشفقة
والرحمة عند العموم وفي الشرع لم يجعل الصبا داعية الى اليمين في حق العموم فتنصرف اليمين الى ذاته
وهذا لا ينفي كون مخالفة الشارع في حق الحمل وسوء ادب صبي علم انه لا يردعه الا ترك الكلام معه
او علم ان الكلام معه يضر في عرضه او دينه فعقد يمينه في الاول على مدة كونه حملا وفي الثاني على مدة

صباه فانا نقول لو اراد حالف تقييده بالحملية والصبا لم نمنعه وصرفنا يمينه حيث صرفها وانما الكلام اذا
لم ينو شيئا فانما يسلك به ما عليه العموم اخطؤا فيه او اصابوا فليكن هذا منك بالخاطر تدفع به كثيرا
من امثال هذا الغلط المورد على الائمة **قوله** ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث لانه ليس ببسر
واليمين انعقدت على خصوص صفة البسرية لما ذكرنا انها داعية لليمين **قوله** ومن حلف لا ياكل بسرا او رطبا
او حلف لا ياكل بسرا ولا رطبا فاكل مذنبا بكسر النون وهو ما بدا الارطاب من ذنبه حنث عند ابي حنيفة
وقالا لا يحنث هكذا ذكر المصنف الخلاف واكثر كتب الفقه المعتبرة مثل المبسوط وشروحه وكافي الحاكم
وشرح الطحاوي للاسبيجابي وشروح الجامعين والايضاح والاسرار والمنظومة وغيرها مما يغلب ظن
خطا خلافه ذكرها قول محمد مع ابي حنيفة رحمهما الله وصورة المسئلة اربع اتفاقيتان وهما ما اذا
حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا مذنبا وما اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا فانه يحنث فيهما اتفاقا
وخلافيتان وهي ما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا وما اذا حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا مذنبا
فانه يحنث فيهما عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى
رطبا لان الرطب فيه مغلوب ولا الرطب الذي فيه شيء من البسرية لا يسمى بسرا فلم يفعل المحلوف عليه
فلا يحنث وكذا لا يحنث بشرائهما في حلفه لا يشتري بسرا او رطبا ووجه قولهما ان اكل ذلك الموضع اكل
رطب وبسر فيحنث به لا بالكل وهذا لان اكل كل جزء مقصود لانه يمضغ ويبلع بمضغ وابتلاع يخصه فلا
يتبع القليل منه الكثير بخلاف الشراء فانه يتعلق بجملته المشتري بهما فيكون القليل فيه تبعا للكثير وكذا
لو حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لان الشراء صادف المجموع فكان الرطب تابعا
وكذا لو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث ذكره الشهيد
في كافيه وقد يقال ولا التعليل المذكور يقتصر على ما فصله فاكله وحده اما لو اكل ذلك المحل مخلوطا
ببعض البسر تحققت التبعية في الاكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب
الذي فيه بقعة بسر لا يقال لاكله اكل بسرا في العرف فكان قول ابي يوسف اقعد بالمبني والله اعلم
قال ومن حلف لا ياكل لحما الى اخره تنعقد هذه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا
ومشويا وفي حنثه بالنيء خلاف الاظهر لا يحنث وعند الفقيه ابي الليث يحنث فلو اكل لحم السمك لا يحنث
والقياس ان يحنث وهو رواية شاذة عن ابي يوسف لانه سمي لحما في القران قال تعالى لتاكلوا منه لحما طريا
اي من البحر وهو السمك وبه استدل سفيان لمن استفتاه فيمن حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا فرجع الى ابي حنيفة
فاخبره فقال ارجع فاسأله فيمن حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض فساله فقال لا يحنث فقال اليس انه
قال تعالى والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كانك السائل الذي سالني امس فقال نعم فقال
سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول وظهر ان تمسك ابي حنيفة انما هو بالعرف لا بما
ذكر المصنف في الاستحسان ان التسمية التي وقعت في القران مجازية لا حقيقية لان اللحم منشاؤه من الدم
ولا دم في السمك لسكونه الماء ولذا حل بلا ذكوة فانه ينتقض بالالية تتعقد من الدم ولا يحنث باكلها لكان
العرف وهو انه لا يسمى لحما ولا تتهيأ اوهام اهل العرف اليه عند اطلاق اسم اللحم ولذا لو قال اشتر لحما
فاشترى سمكا عد مخالفا وايضا منع ان اسم اللحم باعتبار الانعقاد من الدم بل باعتبار الالتحام والايمان
لا تبنى على الاستعمال القراني الا ترى انه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا او لا يجلس على وتد فجلس على جبل

لايحنث مع قسمته بهما في القران دابة واوتادا وهذا كله اذا لم ينوا اما اذا نواه فاكل سمكا طريا او مالحا
حنث **فرع** حلف لاياكل لحما فاكل مرقه لايحنث الا اذا كان نواه **قوله** وان اكل لحم خنزير
او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام واليمين ينعقد على الحرام منعا وحملا وان وجب في الحمل
ان يحنث بخلاف النذر للنص لانذر في معصية الله تعالى ولما كان يرد عليه ان الايمان تبنى على العرف
ولا تذهب الاوهام في اكل المحرم الى اكل لحم الادمي والخنزير وان سمي في العرف لحم الادمي لحما وكذا لحم
الخنزير لان الواجب العرف في قولنا اكل فلان لحما كما قلنا في لايركب دابة فلانا عنز العرف في ركب
فان المتبادر منه ركوب هذه الانواع فتقيد الركوب المحلوف عليه به نقل العتابي خلافه فقال قيل
الحالف اذا كان مسلما ينبغي ان لايحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف قال وهو الصحيح
وفي الكافي وعليه الفتوى وما قيل العرف العملي لايقيد اللفظ غير صحيح وقد قدمناه في نكاح الفضولي
ردا على المصنف هناك واوردان الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تجب بفعل هو حرام محض واجيب
بان الحل والحرمة انما يراعيان في السبب والسبب في وجوب الكفارة وان كان متعلقا باليمين والحنث
وانما علق بهما حتى لايجوز تقديم الكفارة على الحنث وان كان السبب هو اليمين وحده لكون الكفارة موصوفا
بالاباحة والحرمة الاباحة لليمين والحظر للحنث وهذا انصراف عن المذهب المجمع على نقله من ان السبب
هو الحنث وكونه اليمين مذهب الشافعي والقا الشرا شرعليه وكان سبب يغني عن الهنا لك في اثبانه
فيما تقدم تسليم ان اليمين سبب ولكنا شرطنا لوجوب الكفارة الحنث لما ذكر وحينئذ لااخلاف بيننا وبينهم
ويوجب بطلان ما اتفقوا عليه في الجواب من ان الاضافة في كفارة اليمين الى الشرط لا الى السبب وكل هذا
بسبب التزام ان الكفارة في اليمين لستر الجناية الثابتة بالحنث ونحن جعلناها جبر الحرمة اسم الله الفائتة
بالحنث معصية كان الحنث او طاعة واجبة او مندوبة وهذا لان الحنث اذا كان واجبا استحال ان يكون
حراما وما يظن من انه يصح واجبا حراما من وجهين توهم والا فمعنى الواجب والحرام ما تعلق خطاب
الشرع بهما عنه وطلبا له فكيف يكون بعينه مطلوبا العدم مطلوب الايجاد في وقت واحد فليس ذلك
الا وهم من الاوهام ومثله في كفارة الاحرام تثبت ولا جناية اذا كان مريضا او به اذى من راسه **قوله**
وكذا اذا اكل كبدا او كرشا او رية او قلبا او طحالا لايعني يحنث لان نموه من الدم ويستعمل استعمال اللحم
وقيل في عرفنا لايحنث لانه لايعد لحما قال في الخلاصة هذا في عرف اهل الكوفة وفي عرفنا لايحنث وكذا
في المحيط ايضا ولو اكل الراس والاكارع يحنث وبه قال الشافعي في الاصح ولا يحنث باكل الشحم والالية
الا اذا نواه في اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع للحم في الوجود ويقال في العرف لحم سمين ٥
قوله ولو حلف لاياكل او لايشتري شحما لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا لايحنث في
شحم الظهر وهو اللحم السمين لوجود خاصية الشحم فيه وهو الذوب بالنار فلزم كونه من نفس مسماه ولذا
استثنى في قوله تعالى حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما فيحنث به وله انه لحم حقيقة لانه ينشا
من الدم ويستعمل استعمال اللحم في اتخاذ ايوان الطعام والقلايا فيجعل قطعا ويلوى منها ليوكل اكل اللحم
ولا يفعل ذلك بالشحم ويحصل به قوته ولهذا يحنث باكله في اليمين على ان لاياكل اللحم ولا يحنث ببيعه في اليمين
على ان لايبيع شحما والقاطع يبنى قولنا ان العرف لايفهم من اسم الشحم الا ما في البطن وهو الذي يسمى بايعه
شحاما في العرف وبايع ذلك يسمى لحاما والايمان لاتبنى على الاسماء الشرعية فلا يضر تسميتها شحما في اية الاستثنا

ويقول بعض الشارحين شحم الظهر اما الية او لحم او شحم لا قايل انه الية وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم
وايضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين انه شحم فيحنث باكله بعد ما ذكرنا لايفيد كلي انا نمنع كونه ليس
بلحم والاستدلال عليه بانه يذوب معارض بانه يستعمل استعمال اللحم كما ذكرنا وبه يلزم كون الذوب ليس
لازما مختصا واللوازم يجوز كونها متساوية لملزومها وكونها اعم منه فتشترك الانواع المتباينة
في لازم واحد فجاز كون الذوب يتحقق فيما ليس بلحم وفي بعض ما هو لحم ولا ضرر في ذلك وكذا نمنع انه لا يقال
له لحم الظهر بل نقطع انه يقال لحم سمين ولو قيل هذا لحم الظهر او من الظهر لم يعد مخطئا ولذا صحح غير واحد
قول ابي حنيفة وذكر الطحاوي قول محمد مع ابي حنيفة وهو قول مالك والشافعي في الاصح وما في الكافي
من قوله فصارت الشحوم اربعة شحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء وشحم البطن ففي شحم البطن
يحنث بالاتفاق والثلاثة على الاختلاف لايخلو من نظر بل لاينبغي خلاف في عدم الحنث بما في العظم قال
الامام السرخسي ان احدا لم يقل بان مخ العظم شحم انتهى وكذا لاينبغي خلاف في الحنث فيما على المعا لانه لايختلف
في تسميته شحما **قوله** وقيل هذا اي الخلاف فيما اذا قال بالعربية فاما اسم پيه بالفارسية فلا يقع على
شحم الظهر بحال فلا يحنث اذا عقد بالفارسية بان قال بخدا پيه نخورم ثم اكل شحم الظهر **قوله** ولو حلف لا
ياكل او لا يشتري لحما او قال شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث لانه نوع ثالث لايستعمل استعمال اللحوم والشحوم
والحق انه لا يحنث به في حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا في يمين الشحم خلافا لاحمد للعرف والعادة
واما انه لايستعمل استعمال الشحم ففيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته **فروع** حلف لاياكل لحم شاة
فاكل لحم عنز يحنث وقال ابو الليث لايحنث مصريا كان الحالف او قرويا وعليه الفتوى لتغير العرف فيه ٥
ولو حلف لاياكل لحم بقرة فاكل لحم الجاموس يحنث لا في عكسه لانه نوع لايتناول الاعم وفي فتاوى قاضي خان
ينبغي ان لايحنث في الفصلين لان الناس يفرقون بينهما ولو حلف لاياكل طعاما سماه فمضغه حتى دخل جوفه
ماؤه ثم القاه لايحنث ولو فعل هذا في العنب فان رمى القشر والحب وابتلع الماء لايحنث وان رمى القشر
فقط وابتلع الماء والحب حنث لانه اكل الاكثر ولو حلف لاياكل شيئا من الحلوى فاي شيء اكله من الحلوى
من الخبيص او العسل او السكر او الناطف حنث ذكره في الاصل قال الامام السغدي في شرح الشافي هذا في
عرفهم اما في عرفنا لايحنث بالعسل والسكر والخبيص ولو حلف لاياكل ملحا فاكل طعاما مالحا حنث كمن حلف
لاياكل الفلفل فاكل طعاما فيه الفلفل ان وجد طعم الفلفل يحنث والفقيه يفرق بين الملح والفلفل في الفلفل
يحنث لان عينه غير ماكول فينصرف اليمين الى ما يتخذ فيه بخلاف الملح فلا يحنث ما لم ياكل عينه مفردا
ومع غيره الا اذا كان وقت الحلف دلالة على صرفه الى الطعام المالح وبقول الفقيه يفتى وفي الخلاصة
فيمن حلف لاياكل من لحم ختنه فاخذ ماء وملحا وجعلهما في العجين لايحنث لانه تلاشى ولو حلف لاياكل لبنا
فطبخ بارزا فاكله ذكر السغدي لايحنث وان رؤيت عينه ولم يجعل فيه ماء وفي مجموع النوازل اذا كان ترى عينه
ويوجد طعمه يحنث ولو حلف لاياكل زعفرانا فاكل كعكا على وجهه زعفران يحنث ولو حلف لاياكل هذا
المشمش فجعله خبيصا فاكله يحنث الا اذا وجد طعمه ولم ير عينه فلا يحنث وكذا على هذا التمر اذا حلف
لاياكله فجعله عصيدة فاكلها لايحنث وفي اكل هذا السكر لايحنث بمص مائه ولا ياكل لحما اشتراه فلان
فاكل من لحم سلخه اشتراها فلان لايحنث وعلى ان ليس في بيته مرقة وفي بيته قليله لايعدها اذا علمها
او كثيرة فاسدة لايحنث ولاياكل من هذا القدر ومدغ منه شيء قبل اليمين لايحنث باكله كما لو يحنث المحلوف

على طعامها ما طبخه غيرها وفي التجريد قيل اسم الطبخ يقع بوضع القدر لا بإيقاد النار وقيل لو أوقدها ووضعت هي القدر لا يحنث انتهى وفي عرفنا اليسر واضع القدر طابخا قطعا ومجرد الإيقاد كذلك ومثله يسمى صبي الطباخ يعني معينه والطباخ هو المركب بوضع التوابل وان لم يوقد وفي المنتقى عن محمد حلف على ما لا يؤكل ان لا يأكله فاشترى به ما يؤكل فأكله حنث ولو حلف على ما يؤكل فاشترى به ما يؤكل فأكله لا يحنث لعقد اليمين في الاول على بدله حلف لا يأكل مما يملكه فلان فأكل منه بعد خروجه عن ملكه لا يحنث وكذا مما اشتراه اذا باعه فأكله وكذا من ميراثه اذا اخرجه الوارث عن ملكه ويحنث قبله بخلاف ما زرع فلان يحنث به عند الزارع ومن اشترى منه لان الزرع لا ينسخه الشرا اما لو اشترى يخص ذلك الزرع فبذره وأكل منه لا يحنث ومثله من طعام يصنعه فلان فصنعه وباعه فأكل يحنث وكذا من كسب فلان فاكتسب ومات فورث عنه فأكله حنث ولو انتقل بشراء او هبة او وصية ونحوهما لم يحنث ولا يشتري ثوبا مسه فلان فمسه فباعه منه حنث حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصبه حنث ولو اشترى بذلك الخبز لحما لا يحنث يعني اذا اكل اللحم ولو اكل لحم كلب ونحوه لا يحنث عند اسد بن عمرو وقال نصر به نأخذ وقال الحسن كله حرام قال الفقيه ابو الليث ما كان فيه اختلاف العلما لا يكون حراما مطلقا ويحنث ولو اضطر لاكل الحرام او الميتة اختلفوا والمختار يحنث وعن محمد روايتان ولو كان المغصوب من الحنطة ان اعطى مثله قبل ان يأكله لم يحنث وان اكله قبل ذلك يحنث لان الحرمة ثابتة ما لم يؤد الضمان وفي الاجناس المعتوه او المكره اذا فعلا شيا حراما فهو ليس بحلال لهما ولو اكل من الكرم الذي دفعه معاملة لا يحنث اما عندهما فلا يشكل وعنده كذلك لانه عقد فاسد فانما اكل ملك نفسه قوله ومن حلف لا يأكل من هذه الحنطة يعني ولا نية له لم يحنث حتى يقضمها غير نية ولو قضمها بنية يحنث وكذا لو اكل من خبزها او دقيقها او سويقها وهو قول الشافعي وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا لان الاكل من خبزها مفهوم منه عرفا ولابي حنيفة ان له حقيقة مستعملة يعني يستعمل لفظ اكل الحنطة حقيقة اي في معناه الحقيقي وهو ان يأكل عين الحنطة فانه معنى ثابت فان الناس يغلون الحنطة ويأكلونها وهي التي تسمى في عرف بلادنا بليلة وتقلى اي توضع جافة في القدر ثم تؤكل قضما وليس المراد حقيقة القضم خصوصها وهو الاكل باطراف الاسنان بل ان يأكل عينها باطراف الاسنان بل ان يأكل عينها باطراف الاسنان او بسطوحها فاذا ثبت للفظ حقيقة مستعملة فهو اولى عند ابي حنيفة من المجاز المتعارف وهو ان يراد باكل الحنطة اكل خبزها وصار كما اذا حلف لا يأكل من هذه البقرة او الشاة فأكل لبنها او سمنها او زبدها او من هذه البيضة فأكل من فرخها لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كان مأكولا وبما يحكمان هذا الاصل ويريان المجاز المتعارف اولى ورجح قولهما بان المتكلم انما يريد العرف فاذا لم يكن له نية انصرف اليه بخلاف مسئلة البقرة والبيضة فانه ليس اللفظ مجازا اشهر لترجحه على الحقيقة والذي يغلب ان التعارف والاكثرية لوجود المعنى وهو نفس فعل اكل خبز الحنطة لا لاستعمال لفظ اكلت اليوم حنطة او لا اكل حنطة فيه بل لفظ اكلت حنطة يحتمل ان يراد به اكل عينها كما يراد ما يخبز من دقيقها فيترجح قول ابي حنيفة لترجح الحقيقة عند مساواة المجاز لا يقال اكثرية المعنى يوجب اكثرية اللفظ الذي يدل به عليه لانا نقول لا يلزم ذلك الا اذا لم يكن الا لفظ واحد يدل به وليس هنا كذلك لانه يقال اكلت خبز الحنطة ويقال اكلت الحنطة بل الا انه لا يتعارف في اكل الخبز منهما الا لفظ اخر وهو اكلت الخبز اللهم الا ان ينوي اكل الخبز

يحنث به لا بالقضم او القضم لا يحنث باكل الخبز اتفاقا وقضم يقضم بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل وقوله هو الصحيح احتراز عن رواية الاصل انه لا يحنث عندهما اذا قضمها وصححها في الذخيرة ورجح شمس الائمة وقاضي خان رواية الجامع انه يحنث قال المصنف واليه الاشارة بقوله حنث ايضا فانه يفيد انه يحنث بالقضم ولا يلزم استعمال اللفظ حقيقة ومجازا بل يكون من عموم المجاز كحلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث بالدخول رخصا لجعله مجازا في الدخول ولو اكل من سويقها حنث عند محمد خلافا لابي يوسف فيحتاج ابو يوسف الى الفرق بين الخبز والسويق والفرق ان الحنطة اذا ذكرت مقرونة بالاكل يراد به الخبز دون السويق ومحمد اعتبر عموم المجاز وهذا الخلاف اذا حلف على حنطة معينة اما لو حلف لا يأكل حنطة ينبغي ان يكون جوابه كجوابهما ذكره شيخ الاسلام ولا يخفى انه تحكم والدليل المذكور المتفق على ايراده في جميع الكتب يعم المعينة والمنكرة وهو ان عينها مأكول قوله ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه حنث لان عينه غير مأكول فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه فيحنث بعصيدته وفي النوازل لو اتخذ منه خبيصا اخاف ان يحنث فلو استف عينه لا يحنث لتعين المجاز وهو ما يتخذ منه مرادا في العرف فلا يحنث لغيره الا ان ينويه واذا نواه لا يحنث باكل الخبز وقوله هو الصحيح احتراز عن قول من قال يحنث لانه حقيقة كلامه قلنا نعم ولكن حقيقة مهجورة ولما تعين ارادة المجاز سقط اعتبار الحقيقة كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لا يحنث لانصراف يمينه الى العقد فلم يتناول الوطء الا ان ينويه قوله ولو حلف لا يأكل خبزا فيمينه على ما يعتاده اهل مصره خبزا وذلك خبز الحنطة والشعير لانه المعتاد في غالب البلدان ولو كان اهل بلده لا يعتادون اكل الشعير لا يحنث به ولو اعتادوا اخبز الذرة كالحجاز واليمن حنث باكله ولا يحنث باكل القطايف وينبغي ان يحنث باكل الكماج لانه خبز وزيادة فالاختصاص باسم للزيادة لا للنقص ولا يحنث بالثريد لانه لا يسمى خبزا مطلقا وفي الخلاصة حلف لا يأكل من هذا الخبز فأكله بعد ما تفتت لا يحنث لانه لا يسمى خبزا ولا يحنث بالعصيد والططماج ولا يحنث لو دقه فشربه وعن ابي حنيفة رحمه الله في حيلة اكله ان يدقه فيلقيه في عصيدة ويطبخ حتى يصير الخبز هالكا ولا يحنث في خبز الارز الا ان يكون هذا الحالف في بلدة يعتادونه كما في طبرستان والنسبة اليها طبري وهي اسم آمل واعمالها قال السمعاني سمعت القاضي ابا بكر الانصاري ببغداد يقول انما تبرستان لان اهلها كانوا يحاربون بالفاس فعرب فقيل طبرستان معناه بالفارسية اخذ الفاس قلت والمراد بالفاس الطبر وهو معرب تبر وهذا لا ينافي ما قال السمعاني تعليل تأمل قال العبد الضعيف غفر الله له وقد سئلت لو ان بدويا اعتاد اكل خبز الشعير فدخل بلدة المعتاد فيها اكل خبز الحنطة واستمر هو لا يأكل الا الشعير فحلف لا يأكل خبزا فقلت ينعقد على عرف نفسه فيحنث بالشعير لانه لم ينعقد على عرف الناس الا ان الحالف يتعاطاه فهو منهم فيه فيصرف كلامه اليه لذلك وهذا متفق فيمن لم يوافقهم بل هو مجانب لهم قوله ولو حلف لا يأكل شواء فهو على اللحم فقط دون الباذنجان والجزر المشويين لانه يراد به في العرف ذلك عند الاطلاق الا ان ينوي غير ذلك مما يشوى من بيض او غيره كالفول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شوي العرب وقولنا في ذلك قول احمد قوله ولو حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم يعني بالماء حتى ان ما يتخذ قليه من اللحم لا يسمى طبيخا فلا يحنث به وهذا استحسان بالعرف

لان التعميم متعذر لان الدوا مما يطبخ وكذا الفول الذي يسمى في عرفنا الفول الحار ولا يقال
لاكله اكل طبيخا فينصرف الى الخاص هو اخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بمرق وهو متعارف
الا ان ينوي غيره من الباذنجان مما طبخ فيحنث به وهذا يقتضي ان لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم
وفي الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت او سمن قال ابن سماعة
الطبيخ يقع على الشحم ايضا ولا شك في ان اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام في انه هو المتعارف الظاهر
انه لا يخص به ولو اكل من مرق اللحم حنث قال المصنف لما فيه من اجزاء اللحم وهذا يقتضي ان من حلف لا ياكل
لحما فاكل المرق الذي طبخ اللحم فيه حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكره ثانيا من قوله ولانه
يسمى طبيخا يعني في العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما في العرف **قوله** ومن حلف لا ياكل الروس
فيمينه على ما يكبس في التنانير في تلك البلدة ويباع فيها من روس الابل والبقر والغنم وفي الجامع الصغير
لو حلف لا ياكل راسا فهو روس البقر والغنم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله على الغنم
خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان كان العرف في زمنه فيهما ثم صار في البقر والغنم فرجع ابو حنيفة عن انعقاده
في حق روس الابل وفي زماننا في الغنم خاصة فوجب على المفتي ان يفتي بما هو المعتاد في كل مصر وقع فيه
حلف الحالف كما هو في مختصر القدوري رحمه الله تعالى وا ورد ان العادة كما هي في الروس مقتصرة
على روس الغنم والبقر منهما كذلك في اللحم مقتصرة على لحم ما يحل اذ لم تجر العادة ببيع لحم الادمي والخنزير
واكله مع ان اليمين انعقدت باعتباره بما يحنث باكل لحمهما اذا حلف لا ياكل لحما **اجيب** بان الاصل في
جنس هذه المسايل انه فيها يجب العمل بالحقيقة يعني اللغوية فان لم يكن وجب اعتبار المتعارف وحينئذ
واللحم يمكن فيه اكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الروس لا يمكن اكل حقيقتها اذ هي مجموع العظم
مع اللحم فيصير الى المتعارف ونقض بالشرا فانه يمكن في الروس على العموم ومع ذلك لم ينعقد يمين الشرا
على العموم فيها **اجيب** بالمنع من الروس ما لا يمكن بيعه كروس الادمي ولهذا خرج الجواب عما اورد على مسئلة
الحلف لا يركب دابة انه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فامكن العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجز
على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه متعذر من الدواب النمل وما هو اصغر منها ولا يمكن ركوبه فيصير
الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم لهم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذي به التخاطب فوجب عند عدم
نيته ان يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابي وغيره في لحم الخنزير والادمي عدم الحنث وليس
الابنا على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر احد على خلافه في الفروع
قوله ومن حلف لا ياكل فاكهة فاكل عنبا او رمانا او رطبا او قثاء او خيارا لم يحنث وان اكل تفاحا
او بطيخا او مشمشا حنث وكذا يحنث بالخوخ والسفرجل والاجاص والكمثري وهذا التفصيل عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحنث في العنب والرطب والرمان ايضا والاصل ان المتفق عليه
ان الفاكهة اسم لما يتفكه به قبل الطعام وبعده اي يتنعم به زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي
ولهذا يقال النار فاكهة الشتا والمزاح فاكهة والرطب واليابس فيه اي في معنى التفكه سوا بعد ان
يكون التفكه به معتادا في الحالين فان خصت العادة التفكه به في حال رطوبته دون حال يبسه لم
يحنث باكله يابسا وهذا المعنى اي معنى التفكه بان يوكل زيادة على الغذاء موجود في التفاح والبطيخ والمشمش
فيحنث بها اتفاقا وغير موجود في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا واكلا حتى يوضعان على المائدة كما يوضع

البقل ونحوه فلا حنث بهما اتفاقا واما العنب والرطب والرمان وهي محل الخلاف فوجه قولهما ان معنى التفكه
موجود فيها بل هي اجل الفواكه والتنعم بها يفوق التنعم بغيرها من الفواكه فيحنث بها وابو حنيفة يقول هي
مما يتغذى بها منفردة حتى يستغني بها في الجملة في قيام البدن ومعزونة مع الخبز ويتداوي ببعضها كالرمان
في بعض عوارض البدن ولا ينكر انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل اصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه
فلا يحنث باحدها الا ان ينويه فيحنث بالثلثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن
الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لا يعد وها من الفواكه
فافتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها فافتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة
يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث قال
الفاكهة ما يتفكه به ولا شك ان ذلك لغة والتفكه لغة ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة
وهذا معنى اللغة واستعمال العنب واخويه ليس كذلك دايما فقصر الى اخره امكن الجواب بجواز كون العرف
وافق في اللغة في زمنه ثم خالفها في زمانهما فان قيل وفيه دليل على عدم ما ذكرتما من ان المعتبر
اللغة الا ان لا يمكن فيعتبر العرف فان هذا يدل على عدم اعتبارهما ذلك **فالجواب** انه غير لازم
لجواز ان منعهما كون الاستقلال به احيانا بالنسبة الى بعض الناس يؤثر في نقص كونه مما يتفكه به
قوله ومن حلف لا يأتدم فكل شي اصطبغ به فهو ادام كالخل والزيت والعسل واللبن والزبد
والسمن والمرق والملح لانه يؤول الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز واصطبغ مبني للمفعول
وهو افتعال من الصبغ ولما كان ثلاثيه وهو صبغ متعديا الى واحد جاء الافتعال منه لازما فلا
يقال اصطبغ الخبز لانه لا يصل الى المفعول بنفسه حتى يقام مقام المفعول اذا بني الفعل له فانما يقام
غيره من الجار والمجرور ونحوه فلهذا يقال اصطبغ به ولا يقال اصطبغ الخبز وما لم يصبغ الخبز مما له جرم
كجرم الخبز وهو بحيث يوكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب وهذا التفصيل عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد رحمه الله تعالى ما يوكل مع الخبز غالبا فهو ادام وهو رواية
عن ابي يوسف وقول الشافعي واحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا ادام بالاجماع وما يوكل
وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وامثالها ليس ادام بالاجماع اي بالاتفاق على ما هو الصحيح في
البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل انهما على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الايمة وفي المحيط
قال محمد التمر والجوز ليس بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا ساير الفواكه ولو كان في بلد يوكل لان
تبعا للخبز يكون اداما اما البقول فليس بادام بالاتفاق ولان اكلها لا يسمى موتدما الا انه قد يقال في اهل
الحجاز بالنسبة الى الكرات وعند الشافعي البقول والبصل وساير الثمار ادام وفي التمر عنده وجهان في
وجه ادام لما روي انه عليه السلام وضع تمرة على كسرة وقال هذه ادام هذه رواه ابو داود وفي اخر
ليس اداما لانه فاكهة كالزبيب واختلفوا في الجبن والبيض واللحم فجعلها محمد اداما لانها لا توكل وحدها
غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقا له والمراد به الموافقة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة حين خطب
امراة لو نظرت اليها فانه احرى ان يودم بينكما اي يوفق فما يوكل غالبا تبعا للخبز موافق له ادام والجبن
واخواه لذلك ويؤيده ما روي عنه عليه السلام سيد الادام في الدنيا والاخرة اللحم وقال سيد ادامكم
اللحم رواه ابن ماجة ويقال ان ملك الروم كتب الى معاوية ان ابعث الي بشر ادام على يد شر رجل فبعث اليه

جنا على يد رجل يسكن في بيت اصهاره وهو من اهل اللسان ويقول محمد اخذ الفقيه ابو الليث ولما ان
الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو احيانا ليس اداما وهذا لانه من المؤادمة وهي الموافقة
وذلك بان يصير مع الخبز كشي واحد وهو بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو ان ينغمس فيه جسمه اذ
حقيقة القيام غير مراده لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه
ليست كذلك فليس بادام ويرد عليه انه ان اعتبر في مسمى الادام بحيث يؤكل تبعا للخبز موافقا سلمناه ولا
يستلزم نفي ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا بمعناه نعم ما لا يؤكل الا تبعا موافقا اكمل في
مسمى الادام لكن الادام لا يختص به الا كمل منه واستدل لابي حنيفة وابي يوسف ايضا بانه يرفع الى الفم وحده
بعد الخبز او قبله فلا يتحقق التبعية بخلاف المصطبغ واجيب عن الحديث بان كونه سيد الادام لا يستلزم
كونه اداما اذ يقال في الخليفة سيد العجم وليس هو منهم واما حكاية معاوية فتوقف الاستدلال بها
على صحتها وهي بعيدة فيها اذ يبعد من امام عالم ان يتكلف ارسال الشخص الى بلاد الروم ملتزما مؤنته لعرض يسهل
لكافر والسكنى في بيت الصهر فقط لا يوجب ان يكون الساكن سر رجل فآثار البطلان تلوح على هذه القضية ودفع
الاستدلال لهما بان المعتبر التبعية في الاكل والاكل هو فعل الفم والحلق وفيهما يختلطان فيه ثمه فتحصل
التبعية حينئذ وتدفع بان كون التبعية في الفم بعد رفع كل على حدته تحكم اذ هما فيه اذن جسمان متكافيان
لا يكون احدهما تبعا للاخر بخلاف ما رفع صبغا للخبز فان المقصود به سد الجوع بالخبز لا بالصبغ اما الجسمان
المتكافيان فكل يصلح لرفع الجوع غير مفتقر الى الاخر في رفعه قال التمرتاشي وهذا الاختلاف بينهم على عكس
اختلافهم فيمن حلف لا ياكل الا رغيفا فاكل معه البيض ونحوه لم يحنث عندهما وحنث عند محمد **قوله** واذا
حلف لا يتغدى فالغدا الاكل من طلوع الفجر الى الظهر والعشاء بفتح العين والمد من صلوة الظهر الى نصف
الليل وهذا تساهل معروف المعنى لا يعترض به فان الغدا والعشا اسم لما يؤكل في الوقتين لا للاكل فيهما
فالوجه ان يقال فالتغدي الاكل من طلوع الفجر والتعشي الاكل من الظهر الى اخره لان ما بعد الظهر يسمى عشا
بكسر العين ولهذا سمي الظهر احدى صلاتي العشا في الحديث اذ في الصحيحين من رواية ابي هريرة صلى بنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم احدى صلوتي العشي وفسرت بانها الظهر في بعض الروايات هذا ويعتبر التغدي بالاكل
من الفجر الى اخره مذكور في التجريد وفي الخلاصة ووقت التغدي من طلوع الشمس الى الزوال وتشبه كونه نقلا
عن الفتاوى الصغرى ومنها السحر بعد ذهاب ثلثي الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر
قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقت الغداء من طلوع الشمس
الى وقت الزوال ووقت العشاء من بعد الزوال الى ان يمضي اكثر الليل ووقت السحور من مضي اكثر الليل الى طلوع
الفجر قال هذا في عرفهم واما في عرفنا وقت العشا من بعد صلوة العصر انتهى فعرفهم كان موافقا للغة لان
الغدوة اسم لاول النهار وما قبل الزوال اوله فالاكل فيه تغد وقد اطلق على السحور غداء في قوله عليه الصلوة
والسلام لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجازا لقربه من الغداة وكذا السحور لما كان لما يؤكل
في السحر والسحر من الثلث الاخير سمي ما يؤكل في النصف الثاني لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه
التسحر والتضحي الاكل في وقت الضحى ويسمى الغدا ايضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلوة الى ان يزول
واصل هذه في مسائل القضا قال السرخسي فمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى
ان يزول وان قال عند طلوع الشمس وحتى تطلع فله من حين تطلع الى ان تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلوة

عند طلوع الشمس والنهي يمتد الى ان تبيض والمسا مسا آن احدهما ما بعد الزوال والاخر بعد غروب الشمس
فايهما نوى صحت نيته وعلى هذا لو حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي ولا نية له فهو على غيبوبة الشمس
لانه لا يمكن حمل اليمين على المسا الاول فيحمل على المساء الثاني وهو ما بعد الغروب وذكر الولوالجي والضحوة
بعد طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلاة الى نصف النهار والصبح ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع
الضحوة يعني الكبرى لانه من الاصباح وهذا يعرف بتسمية اهل اللغة ولو حلف لا يأتيه غدوة فهذا
بعد طلوع الفجر الى نصف النهار **قوله** ثم الغدا والعشا مما يقصد به الشبع عادة وكذا السحور فلو اكل
لقمة او لقمتين او اكثر مما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت ولا تعشيت ولا تسحرت وبراءته
صلى الله عليه وسلم قال في رواية الترمذي تعشوا ولو بكف من حشف فان ترك العشا مهرمة ومعلوم
ان كفا من حشف لا يبلغ في العادة نصف الشبع اجيب بان العرف الطاري يفيد انه مع الشبع للقطع
بقولهم ما تغديت اليوم او ما تعشيت البارحة وان كان اكل لقمة او لقمتين وكذا يعتبر في الغدا واخويه
في حق اهل كل بلد ما يعتادونه ماكولهم فلو كان عادتهم اكل الخبز في الغداء او اللحم او اللبن ينصرف اليه
حتى ان الحضري اذا حلف على ترك الغدا فشرب اللبن لم يحنث والبدوي يحنث لانه غدا اهل البادية
ولو اكل غير الخبز من ارز او تمر او غيرهما مما هو غير معتاد التغدي به حتى شبع لم يحنث ايضا **قوله** ومن
قال ان لبست او اكلت او شربت فعبدي حر وقال نويت شيئا دون شي من الملبوس او الماكول والمشروب
في ان اكلت وان شربت لم تصح نيته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فاي شي اكل او لبس او شرب حنث وعند
الشافعي تصح نيته ديانة وهو رواية عن ابي يوسف واختارها الخصاف لان النية انما تصح في الملفوظ
لتعيين بعض محتملاته والثوب في ان لبست والماكول والمشروب في ان اكلت وان شربت غير مذكورة
تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يكن مذكورا تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو
كالمذكور تنصيصا اجاب بان تقديره لضرورة اقتضاء الاكل ماكولا وكذا الشرب واللبس والمقتضي
لا عموم له عندنا ولان ثبوته ضروري فيتقدر بقدرها والضرورة في تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف على
الاعلى ماكول لا على ماكول هو كذا فلا تصح ارادته فمبنى الاختلاف في هذه الفروع بيننا وبين الشافعي الاختلاف
في ان المقتضي لا عموم له او له عموم على ما ذكروا اما لو قال ان لبست ثوبا او اكلت طعاما او شربت شرابا وقال
عنيت شيا دون شي فانه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضا لانه ذكر اللفظ العام القابل للتخصيص
فصحت نيته وهذا لانه نكرة في سياق الشرط فيعم لما آلها الى كونها في سياق النفي بسبب ان الشرط المثبت في
اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفي لبس ثوب فكانه قال لا البس ثوبا الا انه خلاف الظاهر فلا يقبله
القاضي منه فان قيل يعتبر تخصيصا للمصدر المدلول عليه بالفعل فانه مذكور بذكر الفعل على ما عرف في
الطلاق اجيب بان المصدر ايضا ضروري للفعل والضرورة مندفعة بلا تعميم وهذا يخالف ما
تقدم في مسئلة طلقي نفسك حيث جعل المصدر مذكورا بذكر الفعل فقبل العموم حتى صحت نية الثلاث
بل الحق على هذا انه عام واذا قيل كما قلتم في قوله ان خرجت فعبدي حر ونوى السفر مثلا يصدق ديانة فلا
يحنث بالخروج الى غيره تخصيصا لنفس الخروج بخلاف ما لو نوى الخروج الى مكان خاص كبغداد حيث لا يصح
لان المكان غير مذكور فكذا يراد تخصيص فعل الاكل وقد كلتم ايضا فيما اذا حلف لا يساكن فلانا ونوى السكنى
في بيت واحد انه يصح وهو تخصيص للمصدر المضمون للفعل قلنا ذلك المصدر وان عم بسبب انه في سياق

كه

النفي لان الفعل في سياقه لكنه لا يقبل التخصيص لان عمومه ضرورة تحقق الفعل في النفي فانه لا يتحقق في
خصوص محله الخاص يعني بعد لفظة لا في لا اكل الا بتحقق ذلك المصدر هناك وما ليس ثبوته الا ضرورة امر
لا يثبت باعتبار غيره ولا يثبت ما هو زايد عليه ومعلوم ان ضرورة ثبوت الفعل في النفي ثبوت المصدر العام
وليس من ضرورة ثبوت الفعل ثبوت التصرف بالتخصيص فلا يقبله بخلاف ان اكلت اكلا فان الاسم حينئذ
مذكور صريحا فيقبل نية التخصيص ولا اشكل العرف لان اكلا المذكور ليس عين الاكل الضمني للفعل الضروري
الثبوت فقام المذكور مقام الاسم وقبل التخصيص واما مسئلة الخروج فقد انكرها القاضي الفمي والقاضي
ابو طاهر الدباس وحملوا ما روي عن محمد فيها على ما قالت ان خرجت حزوجا وكانها سقطت من الكاتب ومن
التزامها اجاب بان الخروج في نفسه متنوع الى سفر وغيره حتى اختلف احكامها فقبل ارادة احد نوعيه
وبه اجيب عن مسئلة المساكنة فانها متنوعة الى كامله وهي المساكنة في بيت واحد ومطلقه وهي ما تكون
في دار فارادة المساكنة في بيت ارادة اخص انواعها وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يغتسل او لا ينكح ثم قال
عنيت من جنابه او امراة دون امراة لا يصدق قضاء ولا ديانة لان الاغتسال غير متنوع لانه عبارة عن امرار
الماء والتنوع في اسبابه وكذا لا يسكن دار فلان وقال عنيت باجر ولم يسبق قبل ذلك كلام بان استاجرها
منه او استعارها فابى فحلف ينوي السكنى بالاجارة او الاعارة لا يصح حتى لو سكنها بغير اجر حنث بخلاف ما
لو حلف لا يسكن دارا اشتراها فلان وعنى اشتراها لنفسه فانه يصدق لانه احد نوعي الشرا لانه متنوع
الى ما يوجب الملك للمشتري وما يوجبه لغيره فصح نية احد النوعين بخلاف السكنى بنفسها لانها لا تتنوع
لانها ليست الا الكينونة في الدار على وجه القرار وانما تختلف بالصفة ولا يصح تخصيص الصفة لانها لم
تذكر بخلاف الجنس وكذا لو حلف لا يتزوج امراة ونوى كوفيه او بصريه لا يصح لانه تخصيص الصفة ولو نوى
حبشية او عربية صحت فيما بينه وبين الله تعالى لانه تخصيص في الجنس كانا لا اختلاف بالنسبة الى الاب اختلاف
بالجنس وبالنسبة الى البلاد اختلاف بالصفة وكان السر في ذلك ان ذكر لفظ امراة او رجل عين ذكر والده
ابا الى ادم فكانه قال كل من له اب من ولد ادم واراد بعض الابا دون بعض وليس الصفات مذكوره بغير
ذكر ولد ادم وان كان لا يخلو الموجود عن صفة فثبوتها مقتضى الوجود لا اللفظ والحق ان الافعال الخارجيه
لا يتصور ان تكون الا نوعا واحدا لا فرق في ذلك بين الغسل ونحوه وبين الخروج ونحوه فكما ان اتحاد الغسل
بسبب انه ليس الا امرار الما كذلك الخروج ليس الا قطع المسافه غير انه يوصف بالطول والقصر في الزمان
فلا يصير منقسما الى نوعين الا باختلاف الاحكام شرعا فان عند ذلك علمنا اعتبار الشرع اياها كذلك كما في الجزء
المختلف الاحكام في الشرع وغيره والشرا لنفسه وغيره فانه مختلف حكمهما فيحكم بتعدد النوع في ذلك ولا يخفى
ان المساكنة والسكنى ليس فيها اختلاف احكام الشرع لطايفه منها بالنسبة الى طايفة اخرى وكل في نفسه نوع
لان الكل قرار في المكان ثم اعلم ان التحقيق ان المفعول في الاكل واللبس ليس من باب المقتضى لان المقتضي ما يقدر
لتصحيح المنطوق وذلك بان يكون الكلام مما يحكم بكذبه على ظاهره مثل رفع الخطا والنسيان او بعدم صحته شرعا
مثل اعتق عبدك عني وليس قول القايل لا اكل يحكم بكذب قايله بمجرده ولا متضمنا حكما لا يصح شرعا
بغير المفعول اعني الماكول من ضرورات وجود فعل الاكل ومثله ليس من باب المقتضي والا كان كل كلام
كذلك اذ لا بد ان يستدعي معناه زمانا ومكانا فكان لا يفرق بين قولنا الخطا والنسيان مرفوعان وبين
قام زيد وجلس عمرو فانما هو من باب حذف المفعول اقتصارا وتناسيا وطايفة من المشايخ وان فرقوا

بين المقتضى والمحذوف وجعلوا المحذوف يقبل العموم قلنا ان نقول عمومه لا يقبل التخصيص وقد صرح
من المحققين جمع بان من العمومات ما لا يقبل التخصيص مثل المعاني اذا قلنا بان العموم من عوارض المعاني كما هو
من عوارض الالفاظ وغير ذلك فلذلك هذا المحذوف اذ ليس في حكم المنطوق لتناسيه وعدم الالتفات اليه
اذ ليس الغرض الا الاخبار بمجرد الفعل على ما عرف ان الفعل المتعدي لم ينزل منزلة اللازم لما قلنا ولاتفاق
على عدم صحة التخصيص في باب المتعلقات من الزمان والمكان حتى لو نوى لا ياكل في مكان دون اخر وزمان
لا يصح نيته بالاتفاق ومن صفة تخصيص الحال ان يقول لا اكلم هذا الرجل وهو قايم وينوي في حال
قيامه فنيته لغو بخلاف ما لو قال لا اكلم هذا الرجل القايم فان نيته تعمل فيما بينه وبين الله تعالى
والفرق بان المفعول في حكم المذكور اذ لا يعقل الفعل الا بعقليته ممنوع بل نقطع بتعقل معنى المتعدي
بدون اخطاره فانما هو لازم لوجوده لا بد لولا للفظ هذا وكون ارادة نوع ليس تخصيصا من العام مما
يقبل المنع لانه لا يخرج عن قصر عام على بعض متناولاته واقرب الامور اليك قوله لا تقتل النسا والصبيان
تخصيص لاقتلوا المشركين والنساء نوع مندرج تحت المشركين ومعنى تخصيص النوع ليس الا اخراج جميع افراده
فالحق ان نية تخصيص السفر تخصيص كل ما يصدق عليه اسم السفر فيستمر الاشكال في يمين الاسكان المساكنه والخروج
وقد انكر هذه من ذكرنا ولا يجاب بما ذكر في التحرير جوابا عن ايراد قايل لو صحت نية الشرا لنفسه من حيث
انه بيان نوع لا بيان تخصيص كان يجب ان يصدق في القضا كما في الخروج وكما في قوله انت باين قلنا نية الشرا
لنفسه بيان نوع من وجه وتخصيص عام من وجه في حق الحقوق لان الشرا لنفسه ولغيره سوا في حق الحقوق
فمن هذا الوجه هو شي واحد له عموم فاذا نوى احدهما كان تخصيصا ولكن في حق الملك بيان نوع لانهما
لانهما مختلفان في حق الملك فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا من حيث انه بيان نوع يصح هذا البيان فيما بينه
وبين الله تعالى وان لم يكن الاسم ملفوظا ومن حيث انه تخصيص لم يصح في القضا وهذا بخلاف قوله انت باين يصح
نية اي انواع البينونة شاء من عصمة النكاح وغيرها لان الاعم في الاثبات لا يعم استغراقا بخلافه في النفي
لو قلت رايت رجلا لا يعم اصناف الرجال استغراقا بخلاف ما رايت رجلا **قوله** ومن حلف لا يشرب من دجلة
فشرب منها باناء لم يحنث حتى يكرع منها كرعا اي يتناول بفمه من نفس النهر عند ابي حنيفة رحمه الله اذا لم تكن له نية
اما ان نوى باناء حنث به اجماعا. وقالا اذا شرب منها كيف ما شرب باناء او بيده او كرعا حنث لا فرق بين ذلك
وبين قوله من ما دجلة حيث يحنث بالشرب من مايها باناء او كرعا في دجلة او نهر اخر ياخذ من دجله بان نسبة
الماء اليها ثابتة في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي واحمد رحمهما الله وجهه انه هو المتعارف المفهوم
من قولنا شربت من دجلة وهو وان كان مجازا اما مجاز حذف اي ما دجلة او مجاز علاقة بان يعبر بدجلة عن
مايها وهو اولى من مجاز الحذف لاكثريته بالنسبة اليه ولشهرة جري النهر مقررين له بان علاقة المجاورة
ثم هو اشهر من ان يراد به نفس الكرع فيصرف اليه فيعم الكرع وغيره كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث
بالدخول كيف ما كان بخلاف ما لو استلقى وادخل قدميه فقط لا يحنث لان هذا ليس دخولا واليمين
انعقدت عليه وله ان المعنى الحقيقي للكلام الكرع وهو مستعمل للعرب واهل العرف لان كثيرا من الرعا وغيرهم
من اهل العرف يفعلونه وروي عنه عليه الصلوة والسلام انه اتى قوما فقال هل عندكم ما بات في شن
والا كرعنا واذا كان المعنى الحقيقي مستعملا كانت الحقيقة مستعمله فينعقد عليها اليمين لان الحقيقة لما لم
تهجر كانت اولى من المجاز ولهذا يحنث بالكرع اجماعا الا انهما يقولان يحنث به باعتبار انه من افراد المجاز لا باعتبار

ارادة الحقيقة بذلك فلا يلزم الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا اهدار هذا القسم وانما قلنا ان الكرع
حقيقة اللفظ لان من هنا لابتدا الغاية فالمعنى ابتدا الشرب من نفس دجلة وذلك انما يكون بوضع الفم
عليها نفسها فاذا وضع الفم على يده او كوز ونحوه فيه ماؤها لم يصدق حقيقة اللفظ وهو وضع فمه على
نفسها واما ما في الهداية من انها للتبعيض فانما يصلح توجيها لقولهما لان المعنى حينئذ لا اشرب بعض ماء دجلة
فلو اريد حقيقة دجلة لم يكن للكلام معنى لان نفس دجلة وهو الارض المشقوقة هو ليس مما يشرب ولو اريد
مجاز دجلة وهو ماؤها صحت للتبعيض ويصير المراد لا اشرب من ماء دجلة وهو نفس قولهما فيجب بالكرع
وغيره لانه ماء دجلة وعلى هذا فيتجه قولهما بعد الوجه المشهور في تقديم المجاز المتعارف وهو ان الكلام
عند عدم قرينة ارادة المعنى الاقل انصرف الى المشهور منه وان جعلت من للبيان بان يقال وضع الفم
على نفس دجلة لا يفعل وهو الحقيقة على تقدير كونها للابتداء فلزم ان يراد بلفظ دجلة ماؤها وحينئذ
جاز ان يكون من للتبعيض فالمعنى لا يشرب بعض ما دجلة او للابتداء والمعنى لا يكون ابتدا الشرب من ماء دجلة فيحنث
بشرب مائها كرعا وغيره واما الاستدلال بقوله تعالى ان الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه الى قوله الا من اغترف
غرفة بيده من جهة انه يفيد ان ما بالكف الشرب منه فغلط وهو بناء على انه استثناء منقطع والاتصال
اولى اذا امكن وهو ممكن بل المعنى عليه فان المراد انهم ابتلوا بترك الشرب من النهر شرب كفاية وري وان حاصل
المعنى من شرب منه مطلقا قليلا او كثيرا كافيا فليس مني الا من شرب منه قدر كفه تخفيفا بان اعترفها
والذي انتظم عليه راي اصحابنا في الدرس في توجيه قول ابي حنيفة ان اسم الدجلة على قول الكل حقيقة في
نفس النهر دون الماء وارادة وضع فمه على نفس اجزائه منتف فالمراد ليس الا وضعه على الماء الكاين فيها
وحينئذ جاز كون الاسم حقيقة فيه مشتركا او مجازا فان فرض مشتركا فلا اشكال ان حقيقة اللفظ اعني مجموع
التركيب لوضع الفم في مائها حال كونه في خصوص ذلك المحل وان فرض مجازا في هذا الماء فمعنى قوله اللفظ
حقيقة مستعملة الى اخره ان التركيب حقيقة في وصل المعنى الحقيقي لا يشرب بالمعنى المجازي لدجلة وهو الماء
الكاين في النهر الخاص وحينئذ جاز كون من للتبعيض والمعنى لا اشرب بعض دجلة اي الماء الخاص في المكان الخاص
فظهر امكان كونها للتبعيض مع صحة قوله اللفظ اي التركيب حقيقة مستعملة هي الشرب من نفس الماء الكاين في المكان
الخاص ثم يترجح مجازه في المفرد اعني دجلة المستعمل في مائها بقيد كونه في نفس النهر على مجاز يعمها وهو دجله في
مائها لا بقيد هذا القيد حتى حنث بالشرب منه باناء ومن نهر ياخذ منه صغير بانه مجاز اقرب الى الحقيقة اعني دجلة
بمعنى النهر ونظير المسئلتين ما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب الماء الذي فيه في كوز اخر فشرب منه لا يحنث
بالاجماع ولو قال من ماء هذا الكوز فصب في كوز اخر فشرب يحنث بالاجماع وعلى هذا لو قال من هذا الحب او من
ماء هذا الحب فنقل الى حب اخر ولو قال من هذا الحب ومن هذا البير قال ابو سهل الشرعي لو كان الحب
او البير ملان فيمينه على الكرع عند ابي حنيفة لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وينبغي ان يقال
على ما هو اعم من الاغتراف وان لم يكن ملان فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من اسفل الحب
والبير اختلفوا والصحيح انه لا يحنث لعدم العرف بالكرع في هذه الحالة **فروع** لو قال لا اشرب من الفرات
فشرب من نهر اخذ منه لم يحنث اجماعا اما عنده فلان يمينه على الكرع واما عندهما فلانه مثل الفرات في امساك
الماء فيقطع النسبة فخرج عن عموم المجاز اما لو قال لا اشرب من ماء الفرات فشرب من نهر اخذ منه حنث في يمينه
لان يمينه على ما منسوب الى الفرات والنسبة لا تنقطع بالانهار الصغار ولو قال لا اشرب ماء فانما يحنث بكل

عذب في اي موضع كان ولو حلف لا يشرب من ماء المطر فجرت الدجلة بماء المطر فشرب لم يحنث ولو شرب من ما
واد سال من المطر ولم يكن فيه ماء قبل ذلك او من ماء مطر مستنقع حنث ولو حلف لا يشرب من هذا الما فانجمد
فاكله لا يحنث فان ذاب فشرب يحنث قال الفقيه ابو الليث هذا بمنزلة ما اذا حلف لا يجلس على البساط فجعله
خرجا فجلس عليه لا يحنث فان فتقه فصار بساطا فجلس عليه حنث وفي فتاوي محمد بن الوليد لا يحنث اذا شرب به
لانقطاع النسبة الاولى لانتسابه الى الجمد ولو كان هذا في زمن ينقطع لان النسبة لا تنقطع ولو حلف لا يشرب
من وسط دجله فوسطه ما لم يطلق عليه اسم الشط وذلك قدر ثلث النهر او ربعه والظاهر ان هذا الاينافي في
النيل لان الشط ينتفي قبل الربع ايضا لسعته ومن حلف لا يشرب نبيذا فهو المسكر من ماء العنب ولو مطبوخا لان
الصالحين يسمونه شارب خمر ولو نوى المسكر حنث بكل مسكر ولو حلف لا يشرب شرابا حنث بشرب الماء والنبيذ وكذا
بالمسمى عندنا اقسما وفقاعا لا بشرب الخل والسمن والزيت والعسل وقيل لا يحنث بالماء وهو الظاهر لان العرف
في اسم الشراب لغير الماء ويحنث بشراب الليموني وقيل لا يقع على المتخذ من الحبوب حلف لا يشرب بغير اذن فلان فاعطاه
فلان ولم ياذن بلسانه في الخلاصة ينبغي ان يحنث وهذا دليل الرضي وليس باذن ولو حلف لا يشرب خمرا
فمزجها بغير جنسها كالاقسمة ونحوه يعتبر بالغالب وانما تعرف الغلبة باللون والطعم فيعتبر الغالب منهما كما
روي عن ابي يوسف في النوادر فيما اذا حلف لا يشرب لبنا فصب عليه الماء وشربه يحنث ان كان اللون لون اللبن
ولو وجد طعمه وان كان لون الما لا يحنث وعن محمد تعتبر الغلبة من حيث القلة والكثرة بالاجزاء وان كانا سواء
حنث استحسانا واما اذا خلط بجنسه بان حلف على لبن بقرة فخلطه بلبن اخرى حنث فعند ابي يوسف هو كالاول
يعتبر الغالب وعند محمد يحنث بكل حال لان الجنس عنده لا يغلب الجنس بل يتكثر بجنسه وهذا الخلاف فيما يمتزج
بالمزج اما فيما لا يمتزج كالدهن يحنث بالاتفاق اذا عقد يمينه على الدهن **قوله** ومن قال ان لم اشرب الماء
الذي في الكوز اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد سواء علم وقت الحلف ان فيه ماء او لم يعلم وقال ابو يوسف رحمه الله حنث في ذلك كله اذا
مضى اليوم وعلى هذا الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى واصله اي اصل هذا الخلاف الخلاف في ان تصور
شرط لانعقاد اليمين المطلقة عن الوقت ولبقاء اليمين المقيدة بالوقت عندهما الى وقت وجوب البر وهو قول
مالك ووجه عند الشافعية وعند ابي يوسف لا يشترط تصور البر في انعقاد اليمين المطلقة ولا لبقاء
المقيدة وهو وجه اخر للشافعية ومما ابتنى على الخلاف لو حلف ليقتلن زيدا اليوم فمات زيد قبل مضي
اليوم لا يحنث عندهما وحنث عند ابي يوسف لانها تنبني ويحنث في اخر جزء من اليوم وكذا لو حلف ليقتلنه
وهو ميت والحالف جاهل بموته لا يحنث عندهما خلافا له وانما شرطنا جهله بموته عندهما لانه لو كان عالما
بموته انعقدت وحنث بالاتفاق لان اليمين انعقدت على ازالة حيوة يحدثها الله تعالى فيه بخلاف ما اذا
لم يكن عالما لانه عقدها على حيوته القايمة في ظنه والواقع انتفاؤها فكان البر غير متصور كمسئلة الكوز فانه
وان امكن احداث الله تعالى الماء فيه لكنه ماء اخر غير المحلوف عليه فان الحلف كان على الماء الكاين فيه حال
الحلف ولا ماء فيه اذ ذاك فلذا لا ينعقد عندهما وكذا اذا حلف لياكلن هذا الرغيف اليوم فاكل قبل الليل او
فلان ادينه غدا وفلان قد مات ولا علم له او مات احدهما قبل مضي الغد او قضاه قبله او ابراه فلان قبله
لم ينعقد عندهما وانعقدت عند ابي يوسف وكذا لو قال لزيد ان رايت عمرا فلا اعلمك فعبدي حر فرآه
مع زيد فسكت ولم يقل شيا او قال هو عمرو لا يعتق عندهما لفوات الاعلام فلم تنعقد اليمين وعنده يعتق لبقاء

اليمين وفوات المعقود عليه وكذا اذا حلف لا يعطيه حتى يأذن فلان فمات فلان ثم اعطاه لم يحنث خلافا
له وكذا ليضربنه او ليكلمنه وجه قولهما ان اليمين انما تنعقد للبر حملا او منعا او اظهارا معنى الصدق
فكان محلها خبرا يمكن فيه البر فاذا لم يكن فات محلها ولا انعقاد الا في محلها واذا لم تنعقد فلا حنث ولابي يوسف
انه امكن اعتبارها منعقدة للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة كما قلنا في الحلف على مس السماء
او ليقلبن هذا الحجر ذهبا حيث تنعقد مع استحالته عادة ثم يحنث في الحال لما كلنا قلنا لا بد من تصور
الاصل لتنعقد في حق الخلف لانه فرع الاصل فينعقد اولا في حقه ثم ينتقل الى الخلف للعجز الظاهر
ولذا لم تنعقد الغموس موجبة للكفارة كان البر مستحيلا فيها ولو كانت اليمين مطلقة عن الوقت بان لم يذكر
اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا لم يكن في الكوز ماء لا يحنث عندهما لعدم انعقادها لعدم تصور
البر وعند ابي يوسف يحنث للحال وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كان فيه ماء فاهريق يحنث في قولهم
جميعا **قوله** فابو يوسف فرق الى اخره لا شك ان ههنا اربع صور صورتان في المقيدة باليوم او وقت
اخر جمعة او شهر وهما ان يكون في الكوز ماء وقت الحلف وان لا يكون وصورتين في المطلقة عندهما
هاتان ايضا ففي المقيدة والاولى لا تنعقد عندهما لعدم تصور البر فلا يتصور الحنث وتنعقد عنده
ويحنث للحال للعجز الدائمي عن البر من وقت الحلف الى الموت وفي المقيدة مع وجود الماء تنعقد به اتفاقا
فاذا اهريق قبل اخر الوقت بطلت عندهما لانعقادها ثم هو شرط والعجز عن الفعل قبل اخر المدة لفوات شرط
بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى اخر الوقت وعنده يتأخر الحنث الى اخر جزء من الوقت فهناك يحنث
وفي المطلقة والاولى لا تنعقد عندهما وعنده تنعقد ويحنث للعجز الحالي الذي لا يرجى زواله وفي المطلقة
وفيه ماء تنعقد اتفاقا لامكان البر عندهما فاذا اريق حنث اتفاقا اما عند ابي يوسف فظاهر واما
قبله واما عندهما فلان تصور البر ليس شرطا في المطلقة الا لانعقادها فقط وقد وجد حال الانعقاد
لغرض وجود الماء حال الحلف فقد فرق ابو يوسف بين المقيدة فاوجب الحنث مطلقا اخر الوقت وبين المطلقة
اذا كان الماء موجودا حال الحلف فاوجب الحنث حال الاراقة فاذا لم يكن موجودا فالحنث بعد فراغه
من اليمين والفرق ان التأقيت للتوسعة على نفسه في الفعل فلا يتعين الفعل عليه الا في اخر جزء من الوقت
وان كان التأخير لا يرجى له فائدة فيما اذا لم يكن ماء وقت الحلف لكن اللفظ ما اوجب انعقاد اليمين في حق
الفعل مضيقا متعينا الا في اخر جزء منه فلا يحنث قبله وكذا اذا كان فيه ما فصب لهذا بعينه بخلاف
المطلقة ولاتها فانه لا فائدة في تأخير الحنث وان كانت اليمين المطلقة لا يقع الحنث فيها الا بموت الحالف
او المحلوف عليه في مثل حلفه على ضربه او طلاقها فان ذلك اذا كان البر مرجوا ولا رجاء له ههنا وفيما اذا
كان الماء موجودا لا يثبت هذا اليأس الا عند الاراقة فيحنث اذ ذاك وبهما ايضا احتاجا الى الفرق
لانه لا حنث عندهما اذا ذكر الوقت فاهريق قبل اخره واذا لم يذكر فاهريق يحنث والفرق ان الوقت
اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير وعنده المحلوف عليه فات فكانه حلف اذ ذاك ليشربن ما
في الكوز اليوم وعلمت بهذا ان اشتراطهما لبقاء التصور لبقاء اليمين الموقتة وهو في المعنى اشتراط التصور
لانعقاد اليمين المطلقة بخلافه اذا لم يذكر الوقت فان البر واجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه
حنث ولقائل ان يقول وجوب البر في المطلقة في الحال ان كان بمعنى تعينه حتى يحنث في ثاني الحال فلا
شك انه ليس كذلك وان كان بمعنى الوجوب الموسع الى الموت فيحنث بالموقت كذلك لانه لا يحنث الا في اخر

جزء من الوقت الذي ذكره فذلك الجزء بمنزلة اخر جزء من الحيوة فلاي شيء يبطل اليمين عند اخر
اجزاء الوقت في الموقت ولم يبطل عند اخر جزء من الحيوة في المطلقة ومن فوائد هذه الخلافية ما لو
قال رجل لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فانت طالق وقال ابوها ان وهبت له صداقك فامك
طالق فحيلة عدم حنثهما ان تشتري منه بمهرها ثوبا ملفوفا وتقبضه فاذا مضى اليوم لم يحنث
ابوها لانها لم تهب صداقها ولا الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج
بالبيع ثم اذا ارادت عود الصداق ردته بخيار الرؤية **قوله** ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن
هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث عقيبها يعني اذا حلف مطلقا كما هي في الكتاب اما اذا وقت اليمين
فقال لاصعدن غدا لم يحنث حتى يمضي ذلك الوقت حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث وقال
زفر لا ينعقد اصلا لانه مستحيل عادة فيجعل كالمستحيل حقيقة كما الكوز فلا ينعقد ولنا ان صعود السماء
ممكن ولذا صعدته الملائكة وبعض الانبياء وكذا تحويل الحجر ذهبا بتحويل الله تعالى بخلعه صفة الحجرية والباسه
صفة الذهبية بناء على ان الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات او باعدام الاجزاء الحجرية
وابدالها باجزاء ذهبية فالتحويل في الاول اظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق وكرامات الاولياء فكان البر
متصورا فينعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات
الحالف فانه يحنث في اخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحيوة فيه فيثبت معه احتمال ان يفعل المحلوف عليه
ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال لخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا بخلاف مسألة الكوز لان شرب الماء الذي في
الكوز الذي لا ماء فيه لا يمكن ولا تتعلق القدرة به فلذا لم ينعقد فمحط الخلاف انه الحق المستحيل عادة بالمستحيل
حقيقة ونحن نمنعه وكل ما وقع في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعلقا بهما والله اعلم

باب اليمين في الكلام

لما فرغ من ذكر الافعال التي هي اهم من الكلام كالاكل والسكنى وتوابعهما شرع في الكلام اذ لا بد من وقوعه لان الانسان
لا بد له من ايصال ما في نفسه الى غيره لتحصيل مقاصده وبدأ بالكلام الاعم من خصوصيات العتق والطلاق وغيرها
لتقدم الاعم على الخصوصيات **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع كلامه لقربه مكانه الا انه
نايم حنث لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا انه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع لكنه لم يفهم
لتغافله اي لغفلته فانه يحنث وهذا لان العلم بوصول صوته الى صماخه غيب فادير على مظنة ذلك
فحكم به وهو كونه بحيث لو كان مصغيا لسمع ولهذا لو كان اصم حنث وفي بعض روايات المبسوط
شرط ان يوقظه فانه قال في بعضها ناداه او ايقظه وفي بعضها ناداه وايقظه قال واختاره
مشايخنا لانه اذا لم ينتبه بكلامه صار كما اذا ناداه من بعيد جدا بحيث لا يسمع صوته فضلا عن ان
يميز حروفه وفي ذلك يكون لاغيا متكلما مناديا فصار كما لو كان ميتا لا يحنث بكلامه بخلاف الاصم
لانه لا يصح ان يقال كلمه اذا كان بحيث لولا الصمم سمع لا يقال يصح مثل هذا في الميت لانا نقول يمينه
لا ينعقد الا على الحي لان المتعارف هو الكلام معه ولان الغرض من الحلف على ترك الكلام اظهار المقاطعة
وذلك لا يتحقق في الميت والبعيد الذي لا شعور له بندائه وكلامه لكن ما ذكر محمد في السير الكبير اذا نادى
المسلم اهل الحرب بالامان من موضع يسمعون صوته الا انهم لا يسمعون لشغلهم بالحرب فهو امان قال
السرخسي يبين ان الصحيح في مسألة الايمان الحنث وان لم يوقظه انتهى وقد فرع على هذه الرواية بان الامان

يحاط في اثنائه وقيل حكم هما بالخلاف فعنده يحنث لانه يجعل النائم كالمستيقظ وعندهما لا يحنث
والمراد بما نسب اليه ما ذكر في باب التيمم من ان المتيمم اذا مر وهو نائم على ماء ولا علم له به ينتقض تيممه
وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء
لا يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناعس واضيف الى هذه مسايل تزيد على عشر
جعل فيها النائم كالمستيقظ وفي الذخيرة لا يحنث حتى يكلمه بكلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها لا متصل
فلو قال موصولا ان كلمتك فانت طالق فاذهبي واخرجي او قومي وشبهها او زجر متصلا لا يحنث لان هذا
من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا ان يريد به كلاما مستانفا وهو وجه لاصحاب الشافعي
رحمهم الله تعالى وقال الشافعي رحمه الله في الاظهر واحمد ومالك وفي المنتقى لو قال فاذهبي او واذهبي
لا تطلق ولو قال اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين واما ما في نوادر ابن سماعة عن محمد لا اكلمك
اليوم او غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله او غدا فلا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا اراد
ان يحلف على احد الامرين لا يقال الا كذلك وعلى هذا اذا قال لاجنبية ان ابتدأتك بكلام فعبدي حر فالتقيا
فسلم كل على الآخر معا لا يحنث وانحلت يمينه لعدم تصور ان يكلمه بعد ذلك ابتداء ولو قال لها ان ابتدأتك
بكلام وقالت هي له كذلك لا يحنث اذا كلمها لانه لم يبتدئ بها ولا يحنث بعد ذلك لعدم تصور ابتدائها
ولو حلف لا يكلمه فسلم على قوم هو فيهم حنث الا ان لا يقصده فيصدق ديانة لا قضاء وعند مالك والشافعي
رحمهما الله قضاء ايضا اما لو قال السلام عليكم الا على واحد صدق قضاء عندنا ولو سلم من الصلوة
فان اماما قيل ان كان المحلوف عليه عن يمينه لا يحنث وان كان عن يساره يحنث لان الاولى واقعة في الصلوة
فلا يحنث به بخلاف الثانية وقيل لا يحنث بهما لانها في الصلوة من وجه وكذا عن محمد لا يحنث فيهما وهو الصحيح
والاصح ما في الشافي انه يحنث الا ان ينوي غيره وفي شرح القدوري فيما اذا كان اماما يحنث اذا نواه
وان كان مقتديا فعلى ذلك التفصيل وعند محمد لا يحنث مطلقا لان سلام الامام يخرج المقتدي
عن الصلاة عنده خلافا لهما وبه قال مالك ولو دق عليه الباب فقال من حنث وقال ابو يوسف لو
قال بالفارسية كيسته لا يحنث ولو قال كي تو حنث وبه اخذ وهو المختار ولو ناداه المحلوف عليه
فقال لبيك او لبي به حنث ولو كلمه الحالف بكلام لم يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو
اراد ان يامره بشيء فقال وقد مر المحلوف عليه يا حايط اسمع افعل كيت وكيت فسمعه المحلوف عليه وفهمه
لا يحنث قاله في الذخيرة ولو حلف لا يكلم فلانا ولا امراته شيئا وقال ها حنث ولو جاءه كافر يريد الاسلام
فبين صفة الاسلام وسمعا ولا يوجه اليه لم يحنث وفي المحيط لو سبح الحالف المحلوف عليه للسهو او فتح عليه
القراءة وهو مقتد لم يحنث وخارج الصلوة يحنث ولو كتب اليه كتابا او ارسل رسولا لا يحنث لانه لا يسمى
كلاما عرفا خلافا لمالك واحمد رحمهم الله واستدلالهم بقوله تعالى وما كان لبشر ان يكلمه الله الا وحيا
او من وراء حجاب او يرسل رسولا اجيب عنه بان مبنى الايمان على العرف واعلم ان الكلام لا يكون الا
باللسان فلا يكون بالاشارة ولا الكتابة والاخبار والاقرار والبشارة يكون بالكتابة لا بالاشارة
والايماء والاظهار والافشاء والاعلام يكون بالاشارة ايضا فان نوى في ذلك كله اي في الاظهار
والافشاء والاعلام والاخبار كونه بالكلام والكتابة دون الاشارة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولو
حلف لا يحدثه لا يحنث الا ان يشافهه وكذا لا يكلمه يقتصر على المشافهة ولو قال لا ابشره فكتب اليه

حنث وفي قوله ان اخبرتني ان فلانا قدم ونحوه يحنث بالصدق والكذب ولو قال بقدومه ونحوه
تعلق بالصدق خاصة وكذا ان اعلمتني وكذا البشارة ومثله ان كتبت الي ان فلانا قدم فكتب قبل قدومه
فوصل اليه الكتاب يحنث سواء وصل اليه قبل قدومه او بعده بخلاف ان كتبت الي بقدومه فلم يحنث حتى يكتب
بقدومه الواقع وذكر هشام عن محمد سالني هارون الرشيد عمن حلف لا يكتب الى فلان فامر من يكتب اليه
بايماء او اشارة هل يحنث فقلت نعم يا امير المؤمنين اذا كان مثلك قال السرخسي وهذا صحيح لان السلطان
لا يكتب بنفسه وانما يامر به ومن عادتهم الامر بالايماء والاشارة ولو حلف لا يقرأ كتاب فلان فنظر فيه
حتى فهمه لا يحنث عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ويحنث عند محمد لان المقصود الوقوف على ما فيه
لا عين التلفظ به ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث بكلام احدهما الا ان ينوي كلا منهما فيحنث بكلام
احدهما وعليه الفتوى وان ذكر خلافه في بعض المواضع **قوله** ومن حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له
ولم يعلم حتى كلمه حنث لان الاذن مشتق من الاذان اي بالاشتقاق الكبير او من الوقوع في الاذن وكل ذلك
لا يتحقق الا بالسماع قال المصنف وقال ابو يوسف لا يحنث هذه رواية عنه كما ذكره الاقطع في شرحه
حيث قال ظاهر قولهم لا يحنث وعن ابي يوسف يحنث ووجه هذه الرواية عنه ان الاذن هو الاطلاق
وانه يتم بالاذن كالرضا فانه لو حلف لا يكلمه الا برضى فلان فرضي ولم يعلم الحالف حتى كلمه لا يحنث اجاب
المصنف بان الرضا من عمل القلب ولا كذلك الاذن نعم هو يتضمن الرضا ظاهرا لكن معناه الاعلام
بالرضا فلا يتحقق بمجرد الرضا وما قد يوقض به من انه ذكر في التتمة والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى
لعبده والعبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم يصير ماذونا دفع بانه يدل على نقيض مقصود المورد
لدلالته على عدم الاذن قبل العلم حيث قال حتى اذا علم صار ماذونا فعرف انه ليس له قبل العلم حكم
الاذن يدل عليه ما في الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم به احد من الناس فتصرف العبد ثم
علم باذنه لم يجز تصرفه غاية ما فيه ان الاذن يثبت موقوفا على العلم فسقط تكلف جوابه وقوله على ما مر
يعني ما تقدم آنفا من قوله لان الاذن مشتق من الاذان الى آخره **قوله** وان حلف لا يكلمه شهرا
فهو اي ابتداء الشهر من حين حلف لانه لو لا ذكره لتابد اليمين وهو عقد الباعث على الحلف يوجب ترك الكلام من الآن
ونظيره اذا اجره شهرا لان العقود ترد لدفع الحاجة القايمة في الحال ظاهرا فكان ابتداؤه من وقت العقد
ولانه لو لم يعتبر من الحال فسد العقد لجهالة المدة لجهالة ابتدائها وكذا آجال الديون واما الاجل
في قوله كفلت لك بنفسه الى شهر اختلف في انها لبيان ابتداء المدة او لانتهائها فعن ابي يوسف لانتهاء
المطالبة فلا يلزم باحضاره بعد الشهر والحاقها بآجال الديون فجعلاها ابتداء لها فلا يلزم باحضاره
قبل الشهر وهو احسن لان الاجل في مثله للترفيه بخلاف ما لو قال والله لا اصوم شهرا فانه نكرة في
الاثبات فانما يوجب شهرا شايعا يعينه الحالف ولا موجب لصرفه الى الحال واما قول المصنف لو لم
يذكر الشهر تابد فكان ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي على ما يلي يمينه داخلا عملا بدلالة حاله فظاهره
انه وجه واحد حيث لم يعطف قوله عملا بدلالة الحال بالواو ومن الشارحين من قرره من وجهين لان دلالة
الحال وحدها تستقل بصرفه لابتداء الى ما يلي الحلف كما ذكرنا وما قبله وجه آخر وهو انه لو اطلق
تابد لانه نكرة في النفي يعني في مصدر ذلك الفعل فاذا خرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب
ولا يخفى ان ذكر الشهر لا دلالة له سوى تقدير المدة الخاصة ثم الزايد عليه منتف بالاصل لا بدلالته

لبيان صح

على النفي ولو وصل له دلا على نفي الزايد عليه لم يلزم كون ذلك الزايد هو ما يلي شهرا ابتداؤه من الحال
فلذا احتمل المصنف قوله عملا بدلالة حاله هو المعين لابتدائها فكان وجها وجيها ولهذا الا انا علمت من تقريرنا
ان لا حاجة الى ما قدمه من لزوم التابيد والاخراج واما ما فرع على استدلال الاخراج مما ذكره الزيلعي
من قوله ان تركت الصوم شهرا او كلامه شهرا انما ولشهرا من حين حلف لان ترك الصوم والكلام مطلقا
يتناول الابد فذكر الوقت لاخراج ما وراءه وكذا ان لم اساكنه فالكل مشكل بل لو ترك الصوم شهرا في
عمره حنث وان لم يتركه متصلا بالحلف وهو تحميل اللفظ ما لم يوجبه لغة وان كان في مثله عرف يصرفه الى
الوصل بالحلف والا فلا قوله ولو حلف لا يتكلم فقرا القران في الصلوة لا يحنث وان قرا في غير الصلاة حنث
وعلى هذا التسبيح والتهليل والتكبير اذا فعله في الصلوة لا يحنث وخارجها يحنث وهذا جواب الاستحسان
وفي القياس يحنث فيهما وهو قول الشافعي رحمه الله تعالى لانه اي القران والذكر كلام حقيقة ولنا انه في
الصلوة ليس بكلام عرفا ولا شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحدث من امره ما يشا وان مما احدث
ان لا يتكلم في الصلوة متفق عليه • واما الحديث الذي ذكره المصنف من قوله صلى الله عليه وسلم ان
صلاتنا هذه لا يصلح فيها شي من كلام الناس فقيل عليه انه انما نفي عنها كلام الناس ولا يستلزم نفي الكلام
مطلقا هذا التفصيل جواب ظاهر المذهب ولما كان مبنى الايمان على العرف وفي العرف المتاخر لا يسمى التسبيح
والقران ايضا وما معه كلاما حتى انه يقال لمن سبح طول يومه او قرا لم يتكلم اليوم بكلمة اختار المشايخ انه
لا يحنث ايضا بجميع ذلك خارج الصلوة واختير للفتوى من غير تفصيل بين عقد اليمين بالعربية والفارسية
وما ذكر في بعض المواضع من انه لو قال ان كلمت بكلام حسن فانت طالق فقالت سبحان الله والحمد لله ولا اله
الا الله والله اكبر طلقت واحدة ولو قالت بلا عطف سبحان الله الحمد لله لا اله الا الله الله اكبر طلقت
ثلثا لانه كلام متعدد لا استينافا كل بخلاف المعطوف لانه كلام واحد فقد يدفع بان الكلام في مطلق الكلام عرفا
لا فيما قيد بقيد اصلا واما الشعر فيحنث به لانه كلام منظوم وفي الحديث اصدق كلمة قالها شاعر
كلمة لبيد وعرف مما تقدم انه لا يحنث بالكتابة والايماء ونحوه قوله ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته
طالق فهو على الليل والنهار فان كلمه ليلا او نهارا حنث ثم قال المصنف في وجهه لان اسم اليوم اذا قرن
بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ولا فرق بين التولية نهارا او ليلا
والكلام لا يمتد فيلغي في وجهه لانه عرض لا يقبل الامتداد الا بتجدد الامثال كالضرب والجلوس والسفر
والركوب ونحو ذلك وذلك عند الموافقة صورة ومعنى والكلام الثاني يفيد معنى غير مفاد الاول
فليس مثلا وما قيل الكلام متنوع الى خبر واستخبار وامر ونهي فلا يحمل على الكلام المطلق انه ممتد فقد
يقال ولا يحمل عليه مطلقا انه غير ممتد اذ كل نوع منه على هذا ممتد على ان اسم الكل ليس الا الالفاظ مفيدة
معنى كيف ما كان فتحقق المماثلة سواء كان المفاد من نوع الاول ولا وبه يندفع القولان ولذا قال
الشيخ عبد العزيز الصحيح ان يقال الطلاق مما لا يمتد لان الكلام مما يمتد يقال كلمته يوما ولان اعتبار
المظروف اولى من اعتبار المضاف اليه كما في قولك امرك بيدك يوم يقدم فلان وقد تقدم تحقيق
هذا الاصل في الطلاق واختلاف عباراتهم فيه وان الاولى الاعتبار بالعامل المعتبر واتفقا فيه عند تحقق
معنى ما اضيف اليه الظرف وعدمه لجعل اليوم لمطلق الوقت وعدمه لانه هو المقصود الاصل بخلاف
ما اضيف اليه لانه ليس مقصودا الا التعيين ما يتحقق فيه ما قصد الى اثبات معناه بالقصد الاول ويشكل

بما لو قال والله لا اكلم فلانا اليوم ولا غدا ولا بعد غد فكلمه ليلا لا يحنث لان الليل لم يدخل وكذا
لو قال في كل يوم لم يدخل الليل ذكر ذلك في التتمة وبه قال الشافعي وهذا لا يرد على ما هو المختار من اعتبار
المقصود من التركيب كما ذكرنا بل على غير ما ذكر المصنف وجوابه ان المراد باليوم فيه النهار في المسئلة
الاولى بدلالة اعادة حرف النفي عند ذكر الغد والا لم يكن لذكره فائدة حتى لو قال لا اكلمه اليوم وغدا
وبعد غد تدخل الليلة وبه قال الشافعي وهو كقوله ثلاثة ايام وفي المسئلة الثانية ذكر كلمة في
في كل يوم لتجديد الكلام على ما عرف في انت طالق في كل يوم تطلق ثلثا في ثلاثة ايام ولو قال كل يوم
تطلق واحدة ولا يتحقق التجديد لو اريد باليوم مطلق الوقت قوله وان عنى النهار خاصة اي بلفظ
اليوم دين اي صدق في القضا لانه مستعمل فيه اي لانه حقيقة مستعملة كثيرا فيقبله القاضي وان كان
فيه تخفيفا على نفسه او هو مشترك بين النهار ومطلق الوقت وعن ابي يوسف لا يدين في القضا لانه
خلاف المتعارف فكان خلاف الظاهر فلا يصدق في القضا قوله ولو قال ليلة اكلم فلانا فهو على الليل
خاصة لانه حقيقة في سواده كالنهار للبياض خاصة وما جا استعماله في مطلق الوقت كما جا في لفظ
اليوم واورد عليه قول القايل • وكنا حسبنا كل بيضا شحمة ليالي لاقينا جذام وحميرا سقيناهم كاسا
سقونا بمثلها • ولكنهم كانوا على الموت اصبرا • والمراد مطلق الوقت فان الحرب لم تكن ليلا اجاب شمس الايمة
بان المذكور الليالي بصيغة الجمع وذكر احد العددين ينتظم ما بازائه من الاخر ولا كذلك المفرد يعني ذكر
الليالي ينتظم الايام التي بازائها كما ان ذكر الايام ينتظم الليالي التي بازائها قال تعالى ان لا تكلم الناس ثلاثة ايام
وفي رواية اخرى ثلاث ليال والقصة واحدة وليس الكلام الا في المفرد فان ذكر الليلة لا يستتبع اليوم
ولا بالقلب ونظر فيه بعضهم بانه يقتضي ان الشاعر قصد ان الملاقاة كانت مستوعبة لليالي تتبعها ايام
بقدرها والتعارف في مثل هذا الكلام انه انما يقصد به الوقت لا الجمع بين الايام والليالي وليس هذا
بشي فان الواقع قد يكون ان الحرب دامت بينهم اياما ولياليها وهذا اكثر الوقوع فاراد ان يخبر بالواقع
فعبر عنه بما يفيده ولا دخل لذلك في خصوص عرف قوله ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان
او قال حتى يقدم فلان او الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق فكلمه قبل القدوم
او الاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم او الاذن لم يحنث لانه غاية اي لان القدوم والاذن غاية لعدم
الكلام لما قدمنا ان فعل الشرط المثبت في اليمين يكون المنع منه فيكون في معنى المنفي به وبالقلب فقوله
ان كلمته حتى يقدم بمعنى لا اكلمه حتى يقدم وان وقع خلاف ذلك فامراته طالق واذا كان غاية لعدم
الكلام فاليمين معقودة على الكلام حال عدم الاذن فيبقى اليمين ما بقي عدم الاذن الواقع غاية فيقع الحنث
بالكلام حال عدمه وينتهي بعدها الغاية لانها مقيدة به فلا يحنث بالكلام بعد مجيئه واذنه اما ان حتى غاية
فظاهر واما ان الا غاية فلانه ينتهي منع الكلام فسماها هنا الغاية اذ كانت غاية لمنعه فاطلق عليها
اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى موتهم وقيل
هي استثناء على حالها وفيه شي وهو ان تقدير الاستثناء فيها انما يكون من الاوقات او الاحوال على معنى
امراته طالق في جميع الاوقات والاحوال الا وقت قدوم فلان واذنه او الا حال قدومه او اذنه
بتقدير مضاف الى المصدر المنسبك من ان يقدم وان ياذن فان تقدير الا ان ياذن الا اذنه وهو
يستلزم تقييد الكلام بوقت الاذن والقدوم فيقتضي انه لو كلمه بعد القدوم او الاذن حنث لانه لم يخرج

من اوقات وقوع الطلاق الا ذلك الوقت وهو غير الواقع او ورد ان الا ان شرط لا غاية لانها شرط
في قوله امرأته طالق الا ان يقدم زيد فان المعنى ان لم يقدم زيد اجيب بانها انما تكون للغاية فيما
يحتمل التاقيت والطلاق مما لا يحتمله يعني فتكون فيه للشرط انتهى وهذا يؤيد ما نقدمه من ان الكلام
مما نحن فيه لانه للشرط هنا بخلاف ما ذكر المصنف ولما كان مظنة ان يعترض بان الشرط وهو الا ان يقدم مثبت
فالمفهوم ان القدوم شرط الطلاق لا عدمه وجهه شارح اخر فقال وانما حمل على ان لم يقدم في مسئلة
الطلاق لا على ان يقدم لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون القدوم علما على الوقوع وتحقيقه ان معنى
التركيب وقوع الطلاق من الحال مستمرا الى قدوم فلان فيرتفع فيكون قدومه علما على الوقوع قبله والمتحقق
من ذلك ان الطلاق يقع حال قدوم فلان وهو المعبر عنه بقولنا ان لم يقدم بحيث لم يمكن ارتفاعه بعد
وقوعه بالقدوم وامكن وقوعه عند عدم القدوم واعتبر الممكن فجعل عدم القدوم شرطا وهو حاصل
انت طالق ان لم يقدم فلا يقع الطلاق الا ان يموت فلان قبل ان يقدم او ياذن لانه مطلق كقوله ان لم
اطلقك فانت طالق قال تاج الشريعة ومهما امكن المصير الى هذا المجاز يعني الغاية لا يصار الى ذلك
المجاز يعني الشرط لان في هذا اجراء المجاز في مجرد الاستثناء وفي ذلك اجراؤه في استثناء القدوم لانا نجعل
استثناء القدوم مجازا عن اشتراط عدم القدوم واجراء المجاز في الجزء اولى منه في المجموع **قوله** وان
مات فلان سقطت اليمين خلافا لابي يوسف لان الممنوع منه كلام ينتهي المنع منه بالاذن والقدوم ولم
يبق الاذن ولا القدوم بعد موت من اليه الاذن والقدوم متصور الوجود وبقاء تصوره شرط لبقاء
اليمين المؤقتة عند ابي حنيفة ومحمد على ما مر وهذه اليمين موقتة بوقت الاذن والقدوم والمراد بهما تمكن
من البر اذ به يتمكن من الكلام بلا حنث فيسقط بسقوط تصور البر وعند ابي يوسف التصور ليس بشرط فعند سقوط
الغاية تتابد اليمين فاي وقت كلمه فيه يحنث **فان قيل** لا نسلم عدم تصور البر بموته لانه سبحانه قادر
على اعادة فلان فيمكن ان يقدم ويأذن قلنا **الجواب** ان الحيوة المعادة غير الحيوة المحلوف على اذنه فيها وقدومه
وهي الحياة القائمة حال الحلف لان تلك عرض لا تبقى ولا يمكن اعادتها بعينها وان اعيدت الروح كان الحيوة
غير الروح لانه امر لازم للروح فيما له روح **قوله** ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا له بعينه
انما اراد من ينتسب اليه بالعبودية او امراة فلان الى اخره اعلم انه اذا حلف على هجران محل مضاف الى
فلان كلا يكلم عبد فلان او زوجته او صديقه او لا يدخل داره او لا يلبس ثوبه او لا يركب فرسه او لا ياكل
من طعامه فلا شك ان هذه الاضافة في الكل معرفة لعين ما عقد اليمين على هجره سواء كانت اضافة
ملك كعبده وداره ودابته او اضافة نسبة اخرى غير الملك كزوجته وصديقه فالاضافة مطلقا
تفيد النسبة والنسبة اعم من كونها نسبة ملك او غيره فلا يصح جعل اضافة النسبة تقابل اضافة الملك
كما فعل المصنف وغيره لانه لا تقابل بين الاعم والاخص الا ان يكون بخصوص عرف اصطلاحي وهو محمل
الجعل المذكور للمصنف واذا كانت هذه الاضافة مطلقا للتعريف فبعد ذلك اما يقترن به لفظ الاشارة
كقوله لا يكلم عبده هذا او زوجته هذه او لا فعلى تقدير عدم الاشارة الظاهر ان الداعي في اليمين
كراهته في المضاف اليه والا لعرفه باسمه العلم ثم اعقبه بالاضافة ان عرض اشتراك مثل ان لا اكلم راشدا
عبد فلان ليزيل الاشتراك العارض في اسم راشد او فلانة زوجة فلان لذلك فلما اقتصر على الاضافة ولم
يذكر اسمه ولا اشار اليه كان الظاهر انه لمعنى في المضاف اليه وان احتمل ان يهجر بعضها لذاته ايضا كالزوجة

والصديق فلا يصار اليه بالاحتمال وحينئذ فاليمين منعقدة على هجر المضاف حال قيام الاضافة وقت
الفعل ان كان موجودا وقت اليمين ودام الاضافة الى وقت الفعل او انقطعت ثم وجدت بان باع وطلق
ثم استرد ولم يكن وقت اليمين فاشترى عبدا فكلمه حنث وكذا لو لم يكن له زوجة فاستحدث زوجة ينبغي
ان يحنث في قول ابي حنيفة **ولو** ارتفعت النسبة الثابتة التي عنها صحت الاضافة ان باع فلان عبده
وداره ودابته وعادى صديقه وطلق زوجته فكلم العبد والمراة والصديق لا يحنث وكذا اذا
لبس الثوب ودخل الدار وركب الدابة لا يحنث لما قلنا ان اليمين انعقدت باعتبار النسبة القائمة وقت
الفعل والحال انها زائلة عنده هذا الاصل على قول ابي حنيفة واما عند محمد فاليمين منعقدة في المملوك
على الاضافة القائمة وقت الفعل كما ذكرنا وفي اضافة النسبة على القائمة وقت اليمين فتفرع على
هذا انه لو طلق زوجته وعادى صديقه واستحدث زوجة وصديقا فكلم المستحدث لا يحنث ولو
كلم المتروكة حنث وهذا ما نقله المصنف عنه من الزيادات **و**وجهه ما حررناه من اصل ابي حنيفة
من انهما يقصدان بالهجر لانفسهما لا لغيرهما فكانت الاضافة لمجرد تعريف الذات المهجورة فلا يشترط
دوامها او وجودها وقت الفعل فيتعلق الحكم اي الهجر بعينه كما في الاشارة فانه اذا قال زوجة فلان
هذه ونحوها مما اضافته اضافة نسبة فبالاتفاق انه يحنث بكلامه بعد انقطاعهما كما سيذكر
وجه المذكور في الجامع لابي حنيفة ما تقدم ايضا من ان الظاهر ان الهجر للمضاف اليه مما ذكرنا من الوجه
واقل ما في الباب جواز كون هجره لنفسه وان يكون للمضاف اليه وعلى الاول يحنث وعلى الثاني لا فلا يحنث
بالشك ظهر مما ذكرنا ان ما ذكره في النهاية وغيرها من قول الاصل في جنس هذه المسائل انه متى عقد
يمينه على فعل في محل منسوب الى الغير بالملك يراعى للحنث وجود النسبة وقت وجود الفعل المحلوف عليه
ولا معتبر بالنسبة وقت اليمين اذا لم يوجد وقت الفعل وان كان منسوبا الى الغير لا بالملك يراعى وجود
النسبة وقت اليمين ولا معتبر بها وقت الفعل ثم وجه الفرق بان في اضافة الملك الحامل على اليمين
معنى في المالك لان هذه الاشياء لا تعادى لعينها وفي اضافة النسبة معنى فيهم لان الاذى يتصور منهم
واستشكل بان العبد يتصور منه الاذى **اجيب** بان ابن سماعة ذكر في نوادره انه يحنث عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى لهذا ووجه الظاهر ان العبد ساقط الاعتبار عند الاحرار فانه يباع في الاسواق كالحمار
فالظاهر انه ان كان منه اذى انما يقصد هجران سيده بهجرانه لا يخفى انه ان عني هذا الاصل لا يصح الا لمحمد
فقط فاطلاق جعله اصلا لهذه المسائل ليس يصلح لان الاقتصار عليه يوهم الاتفاق عليه او انه الاصل
لصاحب المذهب هذا وروي ان هشاما اخبر ان محمدا رجع الى قول ابي حنيفة وقال لا يحنث هذا اذا لم
يعينه فلم يذكر الاشارة فاما ان عينه فذكر الاشارة بان قال عبد فلان هذا او داره هذه
او امراته هذه او صديقه هذا فباع العبد والدار وطلق وعادى فكلمه ودخل لم يحنث في المملوك
من العبد والدار وحنث في غيره من المراة والصديق عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر
يحنث في الكل وهو قول الشافعي ومالك واحمد لان الاضافة في الكل للتعريف كما قدمنا والاشارة
ابلغ منها فيه لكونها قاطعة للشركة بخلاف التعريف الاخر فلزم اعتبارها وسقوط الاخرى واذا
اعتبرنا انعقدت اليمين على خصوص العين فلزم الحنث بترك هجرانها بعد الاضافة كما قبله وبما
يقولان ان هجران المضاف اذا كان مملوكا ليس لذاته لسقوط اعتباره فيتقيد ببقاء النسبة مع الاشارة

وعنهما بخلاف غير المملوك فانه لما كان مما يعادي لنفسه كما يعادي لغيره فعند عدم الاشارة استوي الحالة
فلا يحنث بالشك ومع زيادة الاشارة ترجح كون هجره لمعني في نفسه فلا يتقيد الحنث بدوام الاضافة
لان كون الداعي الي اليمين معني في المضاف اليه في غير المملوك غير ظاهر لعدم التعيين اي لانه لم يتعين
بخلاف ما تقدم وهو اضافة الملك لان الداعي كما يجوز كونه معني في المضاف اليه يجوز كونه لنفس المضاف
حيث كان صالحا لان يعادي لنفسه لانه حر متعين اذ لا يعادي المملوك لنفسه وقوله لغا الاضافة ممنوع
وانما يلزم لو لم يكن لها فائدة اخري لكن الواقع ان لها فائدة وهي افادة ان الهجران منوط بنسبته الي المضاف
اليه لغيظ منه فيعتبر كل منهما لفائدته وقد رجح ابن العز قول محمد وزفر بان العبد وان كان ساقط
المنزلة قد يقصد بالهجران والحالف لو اراد هجرانه لاجل سيده لم يحتج الي الاشارة فلما اشار اليه بقوله
هذا علم ان مراده قصده بالهجران قال وكذلك الدار ولكن العبد اظهر لظهور صحة قصده بالهجران كما
في المراة والصديق انتهي وما ذكر من ان لكل فائدة ففائدة الاشارة التعريف وفائدة الاضافة بيان
منوط الهجر قد يدفع بان الاضافة تستقل بالفائدتين فانها ايضا تعرف الشخص المحلوف علي هجره كما تفيد
الاخر وجوابه ان الاشارة كما تفيد التعريف يحصل بها التخصيص ايضا وهذا لا يحصل بالاضافة وحدها
فانه لو قال عبد فلان انعقدت علي كل عبد له وفي قوله عبد فلان هذا لا يحنث بكلام عبد اخر لفلان وان
كانت الاضافة تفيد ان سبب هجر العبد نسبته لسيده لكن الحنث في الايمان لا يثبت بالقياس بل بفعل عين
المحلوف عليه لو حلف ليعطين هذا الفقير لفقره لم يحنث اذا لم يعط غيره من الفقراء وهذا الخلاف اذا
لم تكن نية اما لو نوي ان لا يدخلها ما دامت لفلان ولا يدخلها وان زالت الاضافة فعلي ما نوي لانه شدد
علي نفسه في الثاني ونوي محتمل كلامه في الاول وروي هشام عن ابي يوسف في دار فلان هذه انه
يحنث بعد زوال الاضافة وليس بشي وعنه ايضا لا يحنث بالدار المتجدد ملكها لان الملك لا يستحدث فيها
عادة فانها اخر ما يباع واول ما يشتري عادة فتتقيد اليمين بالقائمة في ملكه وقت الحلف اجيب
بان العرف مشترك فان الدار قد تباع وتشتري مرارا فلا يصلح مقيدا وعنه ايضا ان اليمين تتقيد في الكل
بالقائم في ملكه وقت الحلف رواه بشر عنه قال اذا قال دار فلان لا ينصرف الا لما يستحدث ملكه بخلاف
قوله دار الفلان لان قوله دار فلان تمام الكلام بذكر الاضافة والا كان مجملا فلا بد من قيام الملك لفلان
وقت يمينه وفي قوله دار الفلان الكلام تام بلا ذكر فلان فكان ذكر فلان لتقييد اليمين بما يكون مضافا
الي فلان وقت السكني ثم في الحلف لا يسكن دار الفلان لا يحنث بسكني دار مشتركة بين فلان وغيره وان
قل نصيب غيره وفي بعض الشروح لا اتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التي تولد بعد اليمين بالاجماع وهو
مشكل فانها اضافة نسبة فينبغي ان تنعقد علي الموجود حال التزوج فلا جرم ان في المنتقي عن ابي
يوسف ان تزوجت بنت فلان او امته انه علي الموجود والحادث **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا
الطيلسان فباعه صاحبه ثم كلمه حنث بالاجماع لان هذه الاضافة لا تحتمل الا التعريف لان الانسان لا يعادي
لمعني الطيلسان فصار كما لو اشار اليه اي الي صاحب الطيلسان بان قال لا اكلم هذا الرجل فتعلقت اليمين
بعينه والطيلسان معرب تيلسان ابدلوا التاء طاء من لباس العجم مدور اسود لحمته وسداه صوف
قوله ولو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعدما صار شيخا حنث لان الحكم معلق بالمشار اليه اذ الصفة
في الحاضر لغو ولا تتقيد بشبيبته واورد عليه انه تقدم انه لو حلف لا ياكل هذا الرطب فاكله بعدما صار

تمرا لا يحنث مع ان الصفة في الحاضر لغو فاجاب بقوله وهذه الصفة ليست بداعية الي اخره يعني ان
الصفة تعتبر في الحاضر اذا كانت داعية وصفة الرطبية مما تدعو بعض الناس الي الحلف علي تركه فيتقيد
به بخلاف الشبيبة هنا والصبي فانهما ليسا بداعية علي ما تقدم وفي الوجيز لبرهان الدين محمود البخاري
حلف لا يكلم صبيا او غلاما او شابا او كهلا فالكلام في معرفة هولاء في ثلاث مواضع في اللغة والشرع والعرف
اما اللغة قالوا الصبي يسمي غلاما الي تسع عشرة ومن تسعة عشرة شاب الي اربع وثلاثين ومن اربع وثلاثين
كهلا الي احدي وخمسين ثم من احدي وخمسين شيخ الي اخر عمره واما الشرع فالغلام لمن لم يبلغ وحد البلوغ معلوم
فاذا بلغ صار شابا وفتي وعن ابي يوسف ان من ثلث وثلثين الكهولة فاذا بلغ خمسين فهو شيخ قال القدوري
قال ابو يوسف الشاب من خمس عشرة الي خمسين سنة الا ان يغلب عليه الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين الي اخر
عمره والشيخ فيما زاد علي الخمسين وكان يقول قبل هذا الكهل من ثلاثين الي مائة سنة واكثر والشيخ من اربعين
الي المائة وهنا روايات اخري والاشارة والمعول عليه ما به الافتاء **فصل** لما كان ما فيه كالمتبع
لما تقدمه ترجمه بالفصل **قوله** ومن حلف لا يكلمه حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو علي ستة اشهر
في النفي كلا اكلمه الحين وحينا والاثبات نحو لاصومن حينا او الحين او الزمان او زمانا كل هذا اذا لم ينو مقدارا
معينا من الزمان فان نوي مقدارا صدق لانه نوي حقيقة كلامه لان كلا من الحين والزمان للقدر المشترك
بين القليل والكثير والمتوسط واستعمل في كل ذلك ففي القليل قول نابغة ذبيان • فبت كاني ساورتني
ضئيلة • من الرقش في انيابها السم ناقع • تناذرها الراقون من سوء سمها • تطلقه حينا وحينا تراجع
يريد ان السم تارة تخف المه وتارة يشتد • واما في الكثير فالمفسرون في هل اتي علي الانسان حين من الدهر
انه اربعون سنة • واما في المتوسط فقوله تعالي توتي اكلها كل حين باذن ربها وذلك ستة اشهر عن ابن عباس
لانه من حين يخرج الطلع الي ان يصير رطبا ستة اشهر ولما وقع الاستعمال كذلك ولا نية معينة للحالف
حملنا علي الوسط من ذلك وهو ستة اشهر ولان اليسير لا يقصد بالحلف والا لم يحلف لتحقق الامتناع عنه
عادة بلا يمين والمديد وهو اربعون سنة لا يقصد بالحلف عادة لانه في معني الابد فمريده خارج
عن العادة اذ لم يسمع من يقول لا اكلمه اربعين سنة مقيدا بها ولو سكت عن الحين وما معه تابد
فالظاهر حينئذ انه لم يرد اقل ما يطلق عليه الاسم من الزمان ولا الابد ولا الاربعين فحكم بالوسط
في الاستعمال وهو ما ذكرنا والشافعي يصرفه الي الاقل وهو ساعة وعرفت انه لم يقصد والا لترك ذكره وتحصل
بلا حلف والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رايتك منذ زمان كما يقال منذ حين وليس المراد من هذا
انه ثبت استعماله لستة اشهر ولاربعين سنة ولا اقل ما يطلق عليه بل لانه ثبت استعماله في المديد والقصير
والمتوسط فهو اخو الحين في الوضع والاستعمال في ذلك وان لم يكن مثله في خصوص المدة فيصرف الي ما ذكر
متوسطا ثم قيل هذا انما يتم في زمان المنكر لم يتم في المعرف بل الظاهر فيه انه الابد كالدهر والعمر ولذا صح
الاستثناء منه لو قال لا اكلمه الزمان الا سنة صح وعهد به الستة اشهر انما ثبت في لفظ الحين وكون الزمان
مثله ان اريد في الوضع فمسلم ولا يفيد لان المقصود ان تحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة علي المدة
التي استعمل فيها وسطا وان اريد في الاستعمال فيحتاج الي تتبع موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر
ابتدا الستة الاشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا او زمانا كان له ان يعين اي ستة اشهر شاء ونقدم
الفرق **قوله** وكذلك الدهر عند ابي يوسف يعني المنكر ينصرف الي ستة اشهر اذا لم تكن له نية في مقدار

من الزمان فان كان عليه اتفاقًا وقال ابو حنيفة رحمه الله الدهر لا ادري ما هو وهذا الاختلاف في المنكر هو الصحيح احترازًا عما ذكر الشيخ ابو المعين من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف انه قال لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرًا والدهر والصحيح ان المعرف بالاتفاق ينصرف الى الابد وانما توقفه في المنكر لان استعمالاته لم تثبت على الانحا الثلثة المديد والقصير والوسط فلم يدر ماذا ايقدره وتقديره بالمتيقن وهل اقل ما ينطلق عليه اسم الزمان فيه من الاستبعاد ما تقدم ولم يثبت توقيف في زايد عليه فلزم التوقف وقيل لانه جاء في الحديث ان الدهر هو الله تعالى في قوله صلى الله عليه وسلم لا تسبوا الدهر فان الدهر هو الله فاذا قال لا اكلمه الدهر احتمل ان اليمين مؤبد والمعنى والله لا اكلمه والله فانك علمت ان حرف القسم يحذف وينصب الاسم ويحتمل انه اراد الظرف وهو الابد وقول الشاعر

هل الدهر الا ليلة ونهارها ۞ والا طلوع الشمس ثم غيارها

فالنكرة وان كانت في الاثبات فهو للعموم اي كل طلوع وكل غروب الى اخره وعرف انها تستعمل في الاثبات للعموم بقرينة مثل علمت نفس ما احضرت وهذا الوجه يوجب توقفه في المعرف ايضًا لان الذي يراد به الله سبحانه وتعالى هو المعرف منه لا المنكر وتوقفه دليل فقهه ودينه وسقوط اعتبار نفسه رحمنا الله به وقد نظم جملة ما توقف فيه فقال بعضهم ۞ من قال لا ادري لما لم يدره ۞ فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخنثى كذاك جوابه ۞ ومحل اطفال ووقت ختان ۞ **فرع** اذا قال لا اكلمه العمر فهو على الابد ۞ واختلف جواب بشر بن الوليد في المنكر نحو عمرًا فمرة قال في لله على صوم عمر يقع يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اقل او اكثر **قوله** ولو حلف لا يكلمه ايامًا فهو على ثلاثة ايام ذكره في الجامع وذكر فيه انه بالاتفاق فانه قال واجمعوا انه لو قال ان كلمتك دهورًا او ازمنة او شهورًا او سنين او جمعًا او ايامًا يقع على ثلاثة من هذه المذكورات لانها ادنى الجمع المتفق عليه وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة ايام عنده كالمعرف قال الاسبيجابي والمذكور في الجامع اصح ووجهه المصنف بقوله لانه اسم جمع اي اسم هو جمع منكر فيتناول اقل الجمع وهو الثلث كما بينا ولا اكثر منه لكن لا معين للزايد فلزم المتيقن كما لو حلف لا يشتري عبيدًا ولا يتزوج نساء يقع على ثلثة واورد ان حكاية الاتفاق في المثل المذكور يوجب عدم توقف ابي حنيفة في معنى الدهر لان من لا يدري معنى المفرد لا يدري معنى الجمع وهذا ليس بشي اذ قوله الدهور لثلاثة مما يراد به ليس فيه تعيين معناه انه ما هو بعم يلزم لكل عاقل نفي ان يراد به الله سبحانه وتعالى لمكان الجمع ومن فروع المنكر حلف لا يكلمه يومًا ان حلف قبل الطلوع فهو على ما من الطلوع الى الغروب وان حلف بعده فهو على ما بين وقت حلفه الى مثله من اليوم الثاني ويدخل الليل فان كلمه ليلًا حنث ولو قال اليوم وقع على بقية يومه ولو حلف لا يكلمه يومين دخل الليل سوا حلف بعد الطلوع او قبله والجواب في الليل مثله في اليوم **قوله** ولو حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك الجمع والشهور والسنين والدهور والازمنة بالتعريف ينصرف الى عشرة من تلك المعدودات ففي غير الازمنة ظاهر وفي الازمنة يلزمه خمس سنين لان كل زمان ستة اشهر عند عدم النية وقالا في الايام ينصرف الى ايام الاسبوع وفي الشهور الى اثني عشر شهرًا وفي الجمع والسنين والدهور والازمنة ينصرف الى جميع العمر وهو الابد ووجه قولهما ان اللام للعهد اذا امكن واذا لم يمكن صرفت الى الاستغراق والعهد ثابت في الايام السبعة فانصرفت الايام اليها وفي الشهور شهور السنة فينصرف التعريف اليها ولا عهد في خصوص

فيما سواها فينصرف الى استغراق الجمع والسنين والدهور والازمنة وذلك هو جميع العمر وفي العهد ايضًا فيها فان المعهود بعد ما ذكرنا ليس الا العمر وهو قول المصنف لانه المعهود دونه اي دون العمر حاصله استغراق سني العمر وجمعه وله انه جمع معرف باللام فينصرف الى ما اقصى ما عهد مستعملا فيه لفظ الجمع على اليقين وذلك عشرة وعهديته كذلك فيما اذا وقع مميز العدد قبله فانه يقال ثلثة ايام فيكون لفظ ايام مرادًا بها الثلثة بيقين وكذا اربعة ايام وخمسة ايام الى عشرة فكانت العشرة منتهى ما قطع بارادته بلفظ الجمع فيما لا يحصى من الاستعمالات فكان مفهومًا من لفظ الجمع بخلاف قوله تعالى وقطعناهم اثنتي عشرة اسباطًا وان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرًا فان الجمع هنا وان اريد به يقينًا ما يزيد على العشرة لكنه بوجود ذلك فرد امرة لا يصير معهودًا من اللفظ بحيث يصرف اليه متى ذكر بلا معين وكان المعهود مما استعمل فيه لفظ الجمع يقينًا مستمرًا ليس الا العشرة فما دونها والعشرة منتهى ما عهد شايعًا ارادته به قطعًا فيجب الحمل عليه وعلى هذا ما اذا لم يقع مميز العدد نحو وتلك الايام نداولها بين الناس حيث اريد به جميع الايام فان اللام فيه للجنس على سبيل الاستغراق ولا ينكر ان يراد باللام ذلك لكن المقرر انه حيث امكن العهد حمل عليه دون الجنس والاستغراق والعهد ثابت فيما يراد بالجمع عند عدم قرينة والغرض ان الحالف لم يرد شيئًا بعينه فالواجب ان يصرف الى المعهود المستمر وانما اعتبر اقصى المعهود وان كان ما دونه معهودًا ايضًا لانه كما عهد استعماله مميزًا في العشرة عهد فيما دونها الاستغراق اللام ولما كان الاستغراق الذي حكم به عند عدم العهد انما ثبت لان مدخول اللام لما لم يكن عهد ولا قرينة تعين الاستغراق من المراد صرف الى الجنس الصالح للقليل والكثير كان للاستغراق وهنا ايضًا كذلك لما انصرف الى المعهود والمعهود كل مرتبة من المراتب التي اولها ثالثة واقصاها عشرة ولا معين كانت لاستغراق المعهود ولهذا التقرير يندفع ما اورده ابن العز من قوله وهذا اي كون اقصى ما يراد به العشرة انما يكون عند ذكر العدد واذا لم يذكر يسمى الزايد عليه بالجمع بلا ريب وذكر شاهد ذلك قوله تعالى وتلك الايام وان عدة الشهور قال وليس في قول الحالف لا اكلمه الشهور اسم العدد فلا يصح ان يقال انه اقصى ما يذكر بلفظ الجمع وكذلك الايام وانما قلنا انه اندفع لانك علمت ان القصد تعيين ما عهد مرادًا بلفظ الجمع على وجه الاستمرار ليحمل عليه لفظ الجمع الخاص عند عدم ارادة شي بعينه فيكون لفظ اريد به غير ما عهد مستمرًا كثيرًا لا يوجب نفي عهد في غيره واما مشاحنته الخبازي حيث قال الخبازي اسم الجمع للعشرة وما دونها الى الثلثة حقيقة حالتي الاطلاق واقترانه بالعدد ولما زاد على العشرة عند الاطلاق عن العدد والاسم متى كان للشي في جميع الاحوال كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال فليست بشي فانه دفع كلامه هذا في حالتين ولما لم يبلغه الفرق بين الجمع واسم الجمع فلهذا قال انه للعشرة وما دونها حقيقة في حالتين ولما فوقها في حالة واحدة وانما قالوا هذا في بعض اسماء الجموع انه يطلق من الثلثة الى العشرة كما في رهط وذود ونفر الى اخر ما ذكره ولم يعلم ان الاضافة في قول الخبازي اسم الجمع بيانية والمعنى الاسم الذي هو الجمع ومثل هذا في عبارات جميع اهل العلم اكثر واشهر من ان يخفى على ناظر في العلم فحاصل كلام الخبازي ان الجمع في العشرة فما دونها اثبت منه فيما زاد عليه لان الاول يراد به في حالتين والثاني في حالة يعني فكان الحمل على ما عهد له في الحالتين عند عدم المعين لازمًا وحقيقة ما ذكرناه في بدا التقرير شرح له والله الموفق نعم لقايل ان يرجح قولهما في الايام والشهور بان عهدهما اعهد وذلك لان عهد به العشرة انما هو للجمع مطلقًا من غير نظر الى مادة خاصة لمعنى الجمع مطلقًا عهد

فاذا عرض في خصوص مادة من الجمع كالايام عهدية عدد غيره كان اعتبار هذا المعهود اولي وقد عهد في
الايام السبعة وفي الشهور الاثني عشر فيكون نصرف خصوص هذين الجمعين اليهما اولي بخلاف غيرهما من الجموع
كالسنين والازمنة فانه لم يعهد في مادتيهما عدد اخر فيصرف الي ما استقر للجمع مطلقا من ارادة العشرة
فما دونها فان قيل هذه مغالطة فان السبعة المعهودة نفس الازمنة الخاصة المسماه بيوم السبت ويوم
الاحد الي اخره والكلام في لفظ ايام اذا اطلق هل عهد منه تلك الازمنة الخاصة للسبعة لاثبات في عهد
ثبوته في الاستعمال اذ لم يثبت كثرة اطلاق لفظ ايام وشهور ويراد به يوم السبت والاحد الي الجمعة والمحرم
وصفر والي اخرها علي الخصوص بل الازمنة الخاصة المسميات منكورة وغير منكوره وغيرها لغة السبعة بحسب
المرادات للمتكلمين فالجواب منع توقف انصراف اللام الي العهد علي تقدير العهد عن لفظ النكرة بل اعم
من ذلك بل لا فرق بين تقدم العهد بالمعنى عن اللفظ اولا عنه فانه اذا صار المعني معهودا باي طريق
فرض ثم اطلق اللفظ الصالح له معرفا باللام انصرف اليه وقد قسم المحققون العهد الي ذكري وعلمي ومثل للثاني
بقوله تعالي اذ هما في الغار فان ذات الغار هي المعهود لا من لفظ سبق ذكره بل من وجود فيه وعلي هذا فيجب
جعل ما سماه طايفة من المتاخرين بالعهد الخارجي اعم مما تقدم ذكره او عهد لغيره كما ذكرنا ونظير هذا قولنا
العام يخص بدلالة العادة فان العادة ليست الا عملا عهد منهم ثم يطلق اللفظ الذي يعمها وغيرها
فيتقيد لها لعهديتها عملا لا لفظا ولا قوة الا بالله **قوله** ومن قال لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر
فالايام الكثيرة عند ابي حنيفة عشرة ايام لانه اكثر ما تناوله اسم الايام علي اليقين علي ما تقدم وقالا سبعة
ايام لان ما زاد عليها تكرار وقد يقال قدم في قضاء الفوايت ان الكثرة بالدخول في حد التكرار ومقتضاه
ان نظر الي الكثرة بهذا المعني هنا ان لا يحنث الا بثمانية ايام وانما لم ينظر الي الكثرة من جهة العرف
لان العرف مختلف فربما يقال في السبعة كثيرة وربما يقال قليلة وكذا العشرة والعشرون فانه يقال
باعتبارات ونسب لم تنضبط وصورة المسئلة ان لا نية للقايل في مقدار الكثيرة فرع كل علي اصله ثم قال
ابو اليسر اما بلساننا فلا يجي هذا الاختلاف بل يصرف الي ايام الجمعة بالاتفاق حتى لو قال لعبده اكر خدمت
كني مرار روزها بسيار تو ازاد اذا خدم سبعة ايام يعتق لان في لساننا تستعمل مع جميع الاعداد لفظه روز
فلا يجي ما قال ابو حنيفة من انتهاء الايام الي العشرة وهذا احسن والله اعلم **قوله** قال اول يوم من
اخر هذا الشهر فهو علي السادس عشر منه واخر يوم من اول هذا الشهر يقع علي الخامس عشر منه وجمع سنون
منكر يقع علي ثلاث بالاتفاق ولو حلف ليفعلن كذا عند راس الشهر او عند الهلال او اذا اهل الهلال ولا نية
له فله الليلة التي يهل فيها ويومها وان نوي الساعة التي اهل فيها صحت نيته لانه حقيقة كلامه وتغليظ
عليه ولو قال اول الشهر ولا نية له فله من اليوم الاول الي الخامس عشر وان قال اخر الشهر فمن السادس عشر الي
اخره او غرة الشهر فالليلة الاولي واليوم الاول في العرف وان كان في اللغة للايام الثلاثة او سلخ الشهر
فالتاسع والعشرون وان قال صلوة الظهر فله وقت الظهر كله وعند طلوع الشمس له من حين يبدو الي ان
تبيض وان قال وقت الضحوة فمن حين تبيض الي ان تزول ففي اي وقت فيما بين ذلك فعل بر وان قال المسا
فقد تقدم ان المساء مساآن ولو قال في الشتاء ونحوه فعن محمد رحمه الله ان كان عندهم حساب يعرفون
به الشتاء والربيع والصيف والخريف فهو علي حسابهم وان لم يكن فالشتاء ما يشتد فيه البرد علي الدوام
والصيف ما يشتد فيه الحر علي الدوام فعلي هذا القياس الخريف ما ينكسر فيه الحر علي الدوام والربيع ما

ينكسر فيه البرد علي الدوام وقال ابو الليث وقال محمد رحمه الله ليس عندنا شي في معرفة الصيف والشتاء
انما يرجع فيه الي اقوال الناس فاذا قالوا باجمعهم ذهب الشتاء والصيف فهو كذلك يعتبر العرف في هذه
المسايل وفي الواقعات والمختار انه اذا كان الحالف في بلد لهم حساب يعرفون الصيف والشتاء مستمرا ينصرف
اليه والا فاول الشتاء ما يلبس الناس فيه الحشو والفرو واخره ما يستغني الناس فيه عنهما والفاصل
بين الشتاء والصيف اذا استثقل ثياب الشتاء واستخف ثياب الصيف والربيع من اخر الشتاء الي اول الصيف
والخريف من اخر الصيف الي اول الشتاء لان معرفة هذا ايسر للناس وقيل اذا كان علي الاشجار اوراق وثمار
فهو صيف واذا بقي الاوراق دون الثمار فخريف واذا لم يبق عليها اوراق فالشتاء واذا اخرجت الاوراق
دون الثمار فالربيع وهو اذا اخرجت الازهار ولو قال الي وقوع الثلج اراد وقت وقوعه فعلي ذلك وهو
الشهر الذي يقال له بالفارسية آذر فان لم يكن له نية او نوي حقيقة وقوعه فعلي حقيقة الوقوع وهو
الثلج الذي يحتاج فيه الي الكنس ولا يعتبر ما يطير في الهوي وما لا يستبين علي وجه الارض ولو وقع الثلج
في بلد غير بلد الحالف لا يعتبر بل المعتبر وقوعه في بلدته حتى لو كان في بلدة لا يقع بها ثلج تابدت اليمين
ولو قال الي قدوم الحاج فقدم واحد منهم انتهت اليمين ولو ذكر ليلة القدر فان كان لا يعرف اختلاف
العلما فيها فعلي السابعة والعشرين من شهر رمضان وبه اخذ الفقيه ابو الليث وان كان يعرف لا ينصرف اليها
والخلاف فيه معروف بين علمانا فان كان حلف في اثناء الشهر لا يحنث عندهما حتى يجي مثله من رمضان القابل
وعند ابي حنيفة حتى يمضي كل رمضان القابل وعليه الفتوي وهذا بنا علي انهما في رمضان عند الكل لكنه
يقول تتقدم وتتاخر وعندهما في ليلة بعينها لا تتقدم ولا تتاخر لكن لا نعرف

باب اليمين في العتق والطلاق

لما كثر وقوع الحلف بالطلاق والعتاق بعدهما تقدم قدمه علي ما بعده **قوله** ومن قال لامراته
اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا علق به عتق امه لان بولادة الميت يتحقق
الشرط لان الميت ولد حقيقة وهو ظاهر شرعا حتى تنقضي به العدة وتصير به نفسا اذا رات الدم فتحرم
الصلاة عليها وتصير الامة به ام ولد وفي الحديث من رواية ابي عبيد عنه عليه الصلاة والسلام انه
قال في السقط يظل محبنطيا علي باب الجنة حتى يدخل ابواه الجنة يروي بالهمزة وهو العظيم البطن المنتفخ
اي ينتفخ بطنه من الامتلاء من الغضب وبلا همز وهو المتغضب المستبطي للشي والفعل منهما احبنطا
مهموزا واحبنطي مقصورا ومن هذا يوخذ ان السقط له حكم الولد وكذلك هو في الحكم فلو اسقطت سقطا
استبان بعض خلقه طلقت وعتقت ايضا لانه ولد حتى صار الامة به ام ولد ولو لم يستبن شي من خلقه لا
يعتبر وتقدم حكمه في الحيض **قوله** ولو قال اذا ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا
عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت علي ما بيناه
آنفا لكنه ليس محلا للعتق فتنحل اليمين به ولا ينزل الجزا كما لو قال ان دخلت فانت طالق فابانها فانقضت
عدتها فدخلت انحلت اليمين ولا تحنث حتى لو رجعت فدخلت لا يقع ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرط ليس
الا الولد الحي هنا بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزا وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا
الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فتقيد الموصوف بالشرط بالحيوة والا لغي الكلام فكانه قال
اذا ولدت ولدا حيا بخلاف جزاء الطلاق للام وحريتها لانه لا يصلح مقيدا للولد بالحي لان الحرية والطلا

واقع وصفًا لغيره فلا يلزم تقييده واورد عليه ما لو قيل ان اشتريت عبدًا فهو حر فاشتري عبدًا لغيره ثم عبدًا لنفسه لا يعتق الثاني لانحلال اليمين بالاول ولم يتقيد بضرورة وصفه بالحرية بعبد لنفسه أجيب بان المشتري لغيره محل للاعتاق لصحة ثبوته فيه موقوفا علي اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الي اضمار الملك فيه اما الميت لا يصح ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره ولهذا يتبع الجواب عما قد يورد من ان قوله ان دخلت فانت طالق فان الموصوف بالجزا هو الموصوف بالشرط ومع هذا لو ابانها فانقضت عدتها فدخلت انحلت ولم يقع بعد ولم يضمر قوله ان دخلت الدار في عصمتي ونحوه لانها بعد انقضا العدة محل بمثل هذا المعني لانه لو قال ان تزوجتك فانت طالق صح وتوقف علي نكاحها فتطلق عنده بذلك الطلاق وفي الايضاح لو قال اول عبد دخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم عبد حي يعتق الحي ولم يذكر الخلاف والصحيح انه علي الاتفاق لان العبودية لا تبقي بعد الموت ولو قال اول عبد املكه فهو حر فاشتري عبدًا ونصفا معًا عتق التام بخلاف ما لو قال اول كر املكه فهو هدي فملك كرا ونصفا كذلك لم يهد شيا لان النصف يزاحم كل نصف من الكر لانه مع كل نصف منه كر بخلاف نصف العبد فانه متصل بالنصف الاخر فيكمل العبد بنصفه ذكره التمرتاشي والمرغيناني **قوله** واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشتري عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق فيتحقق بشرائه شرط العتق فيعتق فان اشتري عبدين معًا ثم آخر لم يعتق واحد منهم لانعدام التفرد في الاولين والسابق في الثالث فانعدمت الاولية فيه ولو كان قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث لانه يراد به التفرد في حالة الشرا لان وحده للحال لغة فيفيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد ان الشرا في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال اول عبد املكه واحدًا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فيكون حالا موكدة لان الواقع كونه كذلك لذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه اول بهذا المعني فانه في ذاته فرد واحد وسابق علي من يكون بعده فلم يكن الثالث اولا بهذا المعني ويلزم علي هذا انه لو قصد هذا المعني يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعني الانفراد في تعلق الفعل به فيكون بوسعه فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك وقيل ولانه يحتمل ان يكون حالا من العبد وان يكون حالا من المالك اي حال كوني منفردا فلا يعتق بالشك اليه اشار شمس الايمة وقاضيخان **قوله** وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشتري عبدًا ومات المولي لم يعتق لان الاخر فرد لاحق والفرض لا سابق لهذا العبد فلا يكون لاحقا فلم يتحقق مناط العتق فلم يعتق وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الاخريه وجود سابق بالفعل وفي الاوليه عدم تقدم غيره لا وجود آخر متاخر عنه والا لم يعتق المشتري في قوله اول عبد اشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره ولو اشتري عبدًا ثم عبدًا في قوله اخر عبد اشتريه فهو حر ثم مات المولي عتق الاخر اتفاقا لانه فرد لاحق لم يعقبه غيره واختلفوا في وقت عتقه فقال ابو حنيفة رحمه الله يعتق من يوم اشتراه حتي يعتبر عتقه من جميع المال ان كان اشتراه في الصحة والا فمن الثلث وقالا لا يعتق يوم مات المولي حتي يعتبر عتقه من الثلث سوا اشتراه في الصحة او المرض وجه قولهما ان الاخرية لا تثبت الا بعدم شرا غيره بعده الي الموت فصار كانه قال ان لم اشتر بعدك آخر فانت حر ولو قاله كان الشرط متحققا عند الموت فيقتصر عليه فكذا اذا كان معناه ثابتا ولابي حنيفة رحمه الله ان الموت معرف للشرط وليس بشرط وانما الشرط اتصافه بالاخرية وهذه الصفة حصلت له من وقت الشرا الا ان هذه الصفة بعرضية الزوال بان يشتري بعده

غيره فاذا مات ولم يشتر تبين انه كان اخرا من وقت الشرا فتبين به انه عتق من ذلك الوقت كما لو قال لامراته ان حضت فانت طالق فرات الدم لا يحكم بطلاقها في الحال بل حتي يمتد ثلاثة ايام فاذا امتد ظهر انها طلقت حين رات الدم حيث ظهر ان ذلك الدم كان حيضا وكون صفة الاخرية انما تثبت بعدم شرا غيره وان العدم لا يتحقق الا بالموت صحيح لكنه لم يجعل الشرط عدم الشرا بل امرا اخر لا يتحقق ظهوره الا به فلا يقع عنده مقتصرا الا لو كان هو نفس الشرط فاذا كان المظهر لتحقق الشرط ثبت عنده مستندا وعلي هذا الخلاف اذا قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلثا فتزوج امراة ثم اخري ثم مات يقع عند الموت مقتصرا عندهما ومستندا عنده وفائدته اي فائدة هذا الخلاف تظهر في حرمان الارث وعدمه فعنده ما ترث لانه يجعل فارا حيث حكما بطلاقها في اخر نفس من حيوته ويلزمه مهر واحد ان كان دخل بها وكذا ان لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت ولتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند ابي يوسف عدة الطلاق لا غير ولو كان الطلاق رجعيا كان عليها عدة الوفاة وعنده لا ترث لانها طلقت ثلثا وقت تزوجها حتي لو دخل بها لزمه مهر بالدخول ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وتعتبر عدة الطلاق وهذا الخلاف في قوله ان لم اتزوج عليك فانه اذا مات يقتصر طلاقها علي الحال بالاتفاق لانه صرح بكون الشرط عدم التزوج وهو انما يتحقق بالموت فيتحقق به الشرط وليس مثل الاول لان مع اخر جزء من حيوته اخر جزء من العدم المجعول شرطا فلم يكن العدم السابق تمام الشرط اذ ما لم يتم اخر الشرط لا يتحقق الشرط بخلاف الاخرية فانها تتم بذلك الشرا الي اخر ما ذكرناه ولو قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم اخري ثم طلق الاولي وتزوجها ثم مات لم تطلق هي وتطلق التي تزوجها مرة لان التي اعاد عليها التزوج اتصفت بالاولية فلا تتصف بالاخرية كقوله اخر عبد اضربه وضرب عبدا ثم اخر ثم اعاد الضرب علي الاول ثم مات عتق الذي ضربه ثانيا لا المعاد عليه ه **قوله** ولو قال كل عبد بشرني بولادة فلانة فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين اي متعاقبين عتق الاول منهم فقط لان البشارة انما تحققت منه لانها اسم لخبر يغير بشرة الوجه ويشترط كونه سارا في العرف واما في اللغة فهو ما يغير البشرة سارا كان او ضارا قال تعالي فبشره بعذاب اليم ولكن اذا اوقع ما يكره قرن بذكر ما به الوعيد كما في الاية المذكورة فلو ادعي انه في اللغة ايضا خاص بالمحبوب وما ورد به في المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهي البشرة فانها تفيد ان لذلك الخبر اثرا في البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته في المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا ان علي العرف بنا الايمان وان بشروه معًا عتقوا لان البشارة تحققت من الكل قال تعالي فبشروه بغلام فنسبها الي جماعة لحقيقتها تحقق بالاولية من فرد او اكثر واصله ما روي انه عليه الصلاة والسلام مر بابن مسعود وهو يقرا القران فقال عليه الصلاة والسلام من احب ان يقرا القران غضا طريا كما انزل فليقرا بقراءة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر رضي الله عنهما بالبشارة فسبق ابو بكر عمر فكان ابن مسعود يقول بعد ذكره بشرني ابو بكر واخبرني عمر ولو كان مكان البشارة اخبر بان قال ان اخبرني والباقي بحاله عتق الكل ثم ان عدي بالباء بان قال ان اخبرني بقدوم فلان اشترط فيه الصدق لافادتها الصاق الخبر بنفس القدوم ولا يخفي انها تقتضي لصوقها الاخبار بنفسه لفظا وهو الواقع في الكذب في اشتراط الصدق بناء علي ان الحق الالصاق انما يكون بالصاق الاخبار بنفس الواقع بخلاف ما لو قال ان اخبرني ان فلانا قدم عتق كل من خبره صدقا او كذبا وقد اورد علي اشتراط الصدق في البشارة ان تغير البشرة كما يحصل بالاخبار السار صدقا

كذلك يحصل كذبا واجيب بما ليس بمفيد والرجعة فيه نقل اللغة والعرف **قوله** ولو قال ان اشتريت
فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به كفارة يمينه لم يجزه لان وقوعه كفارة يحتاج الي نية الكفارة وهذه النية
بشرط قرانها بعلة العتق وهو اليمين وهذا تساهل فان علة العتق هو قوله هو حر وهو جزء اليمين
فان اليمين هو مجموع التركيب التعليقي واذا كان الشرط ذلك والفرض انه لم ينو عند التكلم به بل عند مباشرة
الشرط لم يحصل شرط الكفارة فلم يجز عنها وهذا لان العتق وان كان ينزل عند وجود الشرط لكنه انما
ينزل بقوله انت حر السابق فانه العلة اما الشرط فشرط عملها فلا يعتبر وجود النية عنده فصار كالو قال
عبدي حر بلا نية ثم نوي عن كفارته لا تجزئه لان النية شرط متقدمة لا متاخرة وانما صحت في الصوم على
خلاف القياس حتى لو كان نوى عنده اذا اشتريته فهو حر عن كفارة يميني فاشتراه عتق عنها وكذا لو قال
هو حر يوم اشتريه يريد عن كفارتي وا ورد عليه ان الجزاء المعلق انما ينعقد علة عند الشرط والشراء هو الشرط
وقد قرنت النية بالعلة فينبغي ان يقع عنها لقران النية بالعلة **فالجواب** انه لما كان قبل الشرط
بعرضية ان يصير علة اعتبر الشرع له حكم العلية حتى اعتبرنا الاهلية عنده اتفاقا فلو كان مجنونا عند
وجود الشرط وقع الطلاق والعتاق ولو كان مجنونا عند التعليق لم يعتبر اصلا فكذا يجب ان تعتبر النية عنده
قوله وان اشترى اباه ينوي به عن كفارة يمينه اجزاه عندنا خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد وهو
قول ابي حنيفة اولا لان العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا الشراء للقريب لانها التي ظهر اثرها في وجوب الصلة
كالنفقة فهي المؤثر في العتق واما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء او غيره كالهبة والارث
واما ان الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه
ولنا ان شراء القريب اعتاق لما روي اصحاب الكتب الستة الا البخاري كلهم من حديث سهل بن ابي صالح
عن ابيه عن ابي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه يريد فيشتريه فيعتق هو عند ذلك الشراء وهذا الاجماع على انه لا يحتاج في اثبات عتقه الي اعتاق
زايد بعد الشراء وقد رتب عتقه علي شرائه بالفاء لما علمت من ان المعني فيعتق هو مثل سقاه فارواه والترتيب
بالفاء يفيد العلية على ما عرف في مثل سهى فسجد وزنى ماعز فرجم ولا شك ان القرابة ظاهرة الاثر فيه شرعا كما
بيناه في وجه قول زفر وغيره وقد ثبت ان الملك ايضا كذلك بالنص مع انه يشتمل على عين حكمته وذلك
انه في ترتيب العتق عليه تحصيلا لدفع مفسدة القطيعة الحاصلة بملكه اياه كالبهايم والامتعة ومصلحة
الصلة وهذه عين حكمة القرابة التي بها كانت علة للعتق فوجب كون مجموع القرابة والملك علة العتق
فلذا اجمعنا بينهما واشتهرت عبارتنا القايلة شرا القريب اعتاق وغيران الشرا علة العلة اي علة جزء
العلة ولما كان الشراء الاختياري هو الجزء الاخير من العلة بخلاف القرابة اضيف الحكم اليه ولزمه
النية عنده فاذا نوى عند الشراء انه يشتريه عن كفارته صح بخلاف ما اذا ملكه لا باختيار كالارث فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة
فان الملك يثبت فيه بلا اختيار فلا يتصور النية فيه فلا يعتق عن كفارته اذا نواه لانها نية متاخرة
عن العتق على ما تقدم بخلاف ما اذا وهب له او اوصى له به او تصدق به عليه فنوى عند القبول
ان يعتق عن كفارته فانه يعتق بسببها مختارا في السبب وبما ذكرنا من التركيب ظهر فساد قولهم العتق مستحق
بالقرابة لان العتق لا يثبت قبل تمام العلة واما المنافاة التي ذكرت في قولهم الشراء يوجب الملك والاعتاق
ازالته فهو بناء على ظاهر اللفظ في قولنا شراء القريب اعتاق وقد علمنا انه انما يوجب الملك في القريب والملك

القريب علة العتق فالاضافة اليه اضافة الي علة بعيدة والمنافاة انما تثبت لو كان ازالة الملك نفس موجب
الشرا اولا بالذات وكان الاليق بهذه المسئلة وما بعدها فصل الكفارة **قوله** ولو اشترى ام ولده لم
يجزه عن الكفارة وان نوى عند الشراء عن عتقها عن كفارة يمينه كالو او معنى المسئلة ان يكون تزوج امة
لغيره فاولدها بالنكاح ثم يقول لها اذا اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانها تعتق لوجود
الشرط وهو الشرا ولا يجزيه عن الكفارة وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة
وشراء ام الولد والا فالحاصل ان عتق ام الولد عن الكفارة لا يجزي معلقا ولا منجزا والفرق بين الشرايين
مع ان الشرا في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد ان ام الولد استحقت
العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عليه الصلاة والسلام اعتقها ولدها فهي قبل الشرا
عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشرا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره
من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشرا عتق
من وجه بخلاف ما لو قال لقنة ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني حيث تجزيه اذا اشتراها لان حريتها
غير مستحقة بجهة اخرى فلم يختل اضافة العتق الي الكفارة وقد قارنته النية فكمل الموجب **قوله** ومن قال
ان تسريت جارية فهي حرة اعلم ان التسري هنا تفعل من السرية وهو اتخاذها والسرية ان كانت من السرور
فانها تسر بهذه الحالة وتسر هو بها او من السر والسيادة فضم سينها على الاصل وان كانت من السر
بمعنى الجماع او بمعنى ضد الجهر فانها قد تخفى عن الزوجات الحراير فضمها من تغييرات النسب كما قالوا دهري
بالضم في النسبة الي الدهر وفي النسبة الي السهل من الارض سهلي بالضم والفعل منه بحسب اعتبار مصدره
فان اعتبر التسري قيل تسرا بابدال الياء الفا لتحركها وانفتاح ما قبلها وان اعتبر التسرر قيل تسرر وكان
القياس ان يقال لا تسري في المصدرين لانه اتخاذ السرية لكن لوحظ فيه اصل السرية وهو السرور او السر
فاستعمل من الباين بابدال الياء راء وحكت لانها هي الاصل ومنه ما ذكر ابن الاثير عن عايشة وسئلت عن المتعة
لا نجد في كتاب الله تعالى الا النكاح والاستسرار والقياس الاستسراء بهمزة هي بدل الياء الواقعة طرفا
بعد الف ساكنة كهمزة كساء ومعنى التسري عند ابي حنيفة ومحمد ان يحصنها ويعدها للجماع افضى اليها
بمائه او عزل عنها وعند ابي يوسف ونقل عن الشافعي رحمه الله تعالى ان لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف انه
لو وطي امة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لان
الزيادة اشتقاقه سوا اعتبرت من السرور او ما يرجع الي الجماع او غير ذلك لا يقتضي الانزال فيها لان الجماع
والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فاخذه في المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف في التسري تحصينها
لطلب الولد دائما ممنوع بل العرف مشترك في المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد
قضاء الشهوة من غير ان تلد له اذا عرف هذا فاعلم انه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطيها
حنث ذكره القدوري في التجريد عن ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولو قال ان تسريت جارية فعبدي حر
فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذي كان في ملكه وقت الحلف ولو لم يكن في ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى
جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستجد ولو قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى جارية في ملكه يوم حلف
عتقت وهي مسئلة الكتاب وهي اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند
احد من الايمة الثلاثة مالك والشافعي واحمد وقال زفر تعتق لان التسري لا يصح الا في الملك فكان ذكره

ذكر الملك فكأنه قال ان ملكت امة فتسريتها فهي حرة وصار كما لو قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يصير التزوج مذكورا حتى لو تزوجها وطلقها عتق العبد ولنا انه لو اعتقت المشتراة لزم صحة تعليق تعليق عتق من ليس في الملك بغير الملك وسببه والثاني باطل بالاجماع وهذا لان التسري ليس نفس الملك ولا سببه بل قد يتحقق بعده وقد لا يتحقق فان حقيقته ليس الا اعدادا امة وتحصينها بالجماع فانما يستلزم وجود الملك سابقا على ابتدا التحصين والاعداد او مقارنا وهذا القدر لا يستلزم اخطاره عند التكلم اصلا فضلا عن خطوره ثم تقديره مرادا لانه ليس لازما بينا لمدلول اللفظ في الذهن بل لازم لوجوده في الخارج واللوازم الخارجية لا يلزم تعقلها تعقل ما هو ملزومها في الخارج بخلاف ما لو قال ان ملكت امة فتسريتها الى اخره فانه صرح بجعل الشرط الملك وبخلاف ما قاس عليه من قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر لان عتق عبده القايم في ملكه ليس لاعتبارنا الشرط مجموع ان تزوجتك ثم طلقتك بل لاقتضا الشرط الملك غير ان الشرط هناك اذا ثبت بمقتضاه ثبت الجزا وهو عتق عبده اما ههنا لو ثبت التسري لا يثبت عتق التسري بها لاحتياجه الى امر زايد على مجرد الشرط شرعا وهو كونه نفس الملك او سببه فلهذا ثبت الملك ههنا ضرورة صحة التسري به فقط لان الثابت ضرورة امر لا يتجاوزها ثم لا يثبت عند التسري عتقها لاحتياج عتق غير المملوكة بالاعتاق المعلق قبل ملكها الى كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد فظهر ان هذه ليست وزان مسئلتنا وانما وزانها لو قال للاجنبية ان طلقتك واحدة فانت طالق ثلاثا ثم تزوجها فطلقها واحدة ونحن نقول في هذه لا تطلق الاخريين الباقيتين لو طلقها واحدة بعد ان تزوج بها لما ذكرنا من ان شرط الطلاق الواقع بالتطليق المعلق قبل التزوج كونه معلقا بالملك او سببه ولم يوجد نعم قد يقدر اللفظ الدال على المعنى فيصير معتبرا لفظا وان لم يكن مدلولا لتراميا لتصحيح الجزا فيما اذا علم ان غرض اليمين الحمل فانه يعرف قصد وجود الشرط ليوجد الجزا كما قدر ابو حنيفة لفظ حيا في قوله ان ولدت ولدا فهو حر لتصحيح الجزا للعلم بان غرضه وجود الشرط وهو الولادة والحمل عليها وتحضيضها عليها ففيما ليس كذلك بل يعرف ان الغرض منع الشرط بمنع نفسه عنه لا يجوز التقدير لتصحيح وقوع الجزا وحلف التسري من هذا القبيل هذا وقد اورد على زفر انه لا يقول بالمقتضى حتى حكم في قوله اعتق عبدك عني بالف انه يعتق عن المامور فكيف خالفه هنا وحكم باعتباره وتقديره واجيب بانه لا يلزمنا اصلاحه له فان منا قضته لا تضرنا ومنهم من اجاب بانه ليس عنده من باب المقتضي بل من دلالة النص حيث كان فهم الملك ثابتا عنده فهم التسري واعترض بان الدلالة لا بد فيها من صورة اصل وفرع وعلة تمنع قيل هي قياس غير انه لا يفتقر الى اهلية الاجتهاد في حكم المسكوت فالوجه كون هذا اللفظ في العرف بمعنى ان وطيت مملوكة لي فكانت الدلالة بطريق العبارة وقد نقلنا في تحرير الاصول عن فخر الاسلام تفسير الدلالة بمعنى دلالة الالتزام وان لم نرتضه هذا والتحقيق ان ليس هذا من المقتضى لان المقتضى لا يكون ثبوته لضرورة تصحيح الكلام الظاهر عدم صحته لغة مثل رفع الخطا او شرعا مثل اعتق عبدك عني وقول القايل ان تسريت لا يتبادر كذبه يحتاج في تصحيحه الى التقدير ازالة للخطا تصحيحا لما لم يصح ظاهره وهذا على وزان ما قلناه في ان اكلت بل الجواب في اللغة والعرف واحد وهو اعداد المملوكة الى اخره لا الاعداد الاعم منها ومن المزني بها فهو مدلول تضمني من قبيل العبادة **قوله** ومن قال كل مملوك لي حر عتق امهات اولاده ومدبروه وعبيده لوجود الاضافة المطلقة في هولاء اي اضافة الملك الكامل في هولاء الى السيد ثابتة رقبة ويدا

فيدخلوا فيعتقون ويدخل الاماء والذكور ولو نوى الذكور فقط صدق ديانة لا قضا لانه نوى تخصيص في اللفظ العام ولو نوى السود دون غيرهم لا يصدق قضاء ولا ديانة لانه نوى التخصيص بوصف ليس في لفظه ذكره ولا عموم الا للفظ فلا يعمل نيته بخلاف الرجال لان لفظ كل مملوك للرجال حقيقة لانه تعميم مملوك وهو للذكر واما يقال للانثى مملوكة ولكن عند الاختلاط يستعمل لهما المملوك عادة يعني اذا عمم مملوك بادخال كل ونحوه شمل الاناث حقيقة كما ذكر في جمع الذكور كالمسلمين والواو في تفعلوا على ما ذكرنا عند الحنفية والحنابلة حقيقة في الكل فلذا كان نية الذكور خاصة خلاف الظاهر فلا يصدق قضا ولو نوى النساء وحدهن لا يصدق لا ديانة ولا قضا ولو قال لم انو المدبرين في رواية يصدق ديانة لا قضا وفي رواية لا يصدق لا قضاء ولا ديانة **قوله** ولا يعتق مكاتبوه يعني بقوله كل مملوك لي حر وكذا معتق البعض عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الملك فيهم غير ثابت يدا ولهذا لا يملك اكسابه ولا يحل له وطي المكاتبة بخلاف ام الولد والمدبر فاختلت اضافة الملك اليهم فلا بد من ان ينويهم بلفظ كل وعلى هذا ينبغي لو قال من فوق لي حر ان يعتق المكاتبون لان الرق فيهم كامل ولا يعتق ام الولد الا بالنية **قوله** ومن قال لنسوة هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين لان كلمة او لاحد المذكورين وقد ادخلها بين الاوليين ثم عطف الثالثة على المطلقة منهما والعطف يشرك في حكم المعطوف عليه وحكمه هنا الطلاق المنجز وانما التوقف في التعيين فصار كما اذا قال احديكما طالق وهذه وكذا اذا قال لعبيده هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير وفي الاوليين لما بينا ومثله لو قال لفلان علي الف او لفلان كان نصف الالف للثالث وعليه بيان من له النصف الاخر من الاوليين وقد يقال العطف بالواو كما لا يصح على لا المفهوم من هذه او هذه يصح على هذه الثانية وحينئذ لا يلزم الطلاق في الثالثة لان الترديد حينئذ بين الاول فقط والثانية والثالثة معا فيلزمه البيان كذلك في الطلاق والعتاق

باب اليمين في البيع والشرا والتزوج وغير ذلك من الطلاق والعتاق والضرب

لما كان الايمان على هذه التصرفات اكثر منها على الصلاة والحج والصوم وما بعدها قدمها عليها والحاصل ان كل باب عقده لوقوعه اقل مما قبله واكثر مما بعده واعلم ان الاصل عندنا ان كل عقد ترجع حقوقه الى المباشرة يستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المامور لوجوده من المامور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره لذلك وذلك كالحلف لا يبيع ولا يشتري ولا يوجر ولا يستاجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا وان الوكيل يقول ادعي لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر اصل الفايدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث في شي من هذه بفعل المامور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سفير وناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المامور كما يحنث بفعله بنفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج او لا يوكل فيه او لا يطلق او لا يعتق بمال وبلا مال او لا يكاتب او لا يهب او لا يتصدق او لا يوصي او لا يستقرض او لا يصالح عن دم العمد او لا يودع او لا يقبل الوديعة او لا يعير او لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الامر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المامور ومنه قضا الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار **قوله** ومن حلف لا يبيع او لا يشتري او لا يواجر فوكل من فعل

ذلك لم يحنث لان العقد من العاقد لا من الحالف حقيقة وهو ظاهر وحكما حتى رجعت حقوق العقد اليه وكان
هو المطالب بالتسليم للثمن او المثمن والمخاصم بالعيب وبالعين الموجرة والاجرة ولهذا لو كان العاقد بطريق الوكالة
في هذه هو الحالف لا يبيع الى اخره يحنث في يمينه لصدق انه باع واشتري واستاجر حقيقة وحكما وهذا قول
الشافعي في الاظهر وعند مالك واحمد يحنث لان الامر يصير كانه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق راسه فامر من
حلقه له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه لا حقيقة ولا حكما وهو الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما
الثابت له حكم العقد الذي هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلي بخلاف الحلق لان اليمين لم ينعقد فيه على حلقه
بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه بان كان ممن
يقدر على ذلك ويفعله وقوله الا ان ينوي ذلك استثنا من قوله لم يحنث يعني فاذا نوي البيع بنفسه او
بوكيله يحنث ببيع الوكيل او يكون الحالف ذا سلطان لا يتولي العقود بنفسه فانه يحنث وان لم ينو لانه مقصوده
من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما يباشر بنفسه
عند بعض المبيعات ثم لو فعل الامر بنفسه يحنث ايضا لانعقاده على الاعم من فعله بنفسه او مأموره ولو
كان رجلا يباشر بنفسه مرة ويوكل اخري تعتبر الغلبة وكل فعل لا يعتاده الحالف كالبنا ممن كان يحلفه لا يبني
ولا يطين انعقد كذلك **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث يعني اذا فعله
الوكيل وهو قول مالك واحمد ووجه للشافعية واكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبته الى الامر مجاز
ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما يفعل المامور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وانتم تابونه قلنا المالم
يملك اضافته الى نفسه بل لا يستغني عن اضافته الى موكله كان نا قل عبارة للموكل فانضاف العقد
كله لفظا وحكما اليه فيحنث به الا يري انه يقال في العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر او حكمة هذا ليس
كلام هذا الرجل بل كلام فلان فكان العقود عدم لزوم احكام هذه العقود نظرا الى العرض ومواعم مما
يلزم بمباشرته او مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولو قال عنيت ان لا اتكلم به لم يدين
في القضا خاصة وفيما بينه وبين الله تعالى يدين ولو خلعها او قال انت طالق باين حنث ولو آلي منها
فمضت المدة حتى بانت حنث عند ابي يوسف لان الايلا طلاق موجل فعند مضيها يقع مضافا الى الزوج وعند
زفر لا يحنث لان الطلاق انما وقع حكما دفعا لضررها فلا يكون شرط الحنث موجودا ولو كان عنينا ففرق بينهما
بعد المدة لم يحنث في قول زفر وعن ابي يوسف روايتان ولو زوجه فضولي فاجاز بالقول حنث وعن محمد
لا يحنث وفي الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الايمة والاصح عندي لا يحنث لان عقد النكاح يختص
بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين او قبله ولو وكل بالطلاق
والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل او اعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه
قوله ولو حلف لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث لان له ولاية ضرب عبده
وذبح شاته فيملك توليته غيره فلملكه اياه انتقل فعل الضرب اليه بواسطة الامر به ثم منفعته راجعة
الى الامر على الخصوص وهو ما يحصل من ادبه وانزجاره فيجعل مباشرا اذ لا حقوق ترجع الى المامور وفرض
المسالة في ضرب عبده احترازا عما لو حلف لا يضرب حرا فانه لا يحنث بالامر به لانه لا ولاية عليه فلا يعتبر
امره الا ان يكون الحالف سلطانا او قاضيا لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فلكا الامر به ولو قال
عنيت ان لا الي ذلك بنفسي دين في القضا بخلاف ما تقدم من الطلاق وغيره ووجه الفرق ان الطلاق ليس
الا تكلم بكلام شرعي يوجب اثرا شرعيا في المحل وهو الفرقة والامر بذلك مثل التكلم به لان المامور به كالرسول
به ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوي التكلم به خاصة فقد نوي خلاف الظاهر فلا يصدقه
القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهي الحقوق
وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان لفظا يثبت عنده اثر شرعي فالحلف على تركه حلف على ان لا يوجد
الفرقة من جهته وهذا المعنى اعم من ان يتحقق بمباشرته او مباشرة المامور فنيته احدهما خلاف الظاهر اما
الذبح والضرب ففعل حسي لا يتوقف تحقق اثره على الامر لان الضرب يثبت مع اثره من الفاعل بلا اذن ونسبة
الفعل الى الامر مجازية باعتبار تسببه فيه فاذا نوي ان لا يفعله بنفسه فقد نوي حقيقة كلامه بخلاف
الكلام المجعول اسبابا شرعية لاثار شرعية لا تثبت تلك الاثار به الا باذن عن ولاية فلما كان للاذن
فيها اثر نقلها الى الحالف فلو ثبوت تصديقه قضاء في ضرب العبد رواية في تصديقه قضاء في الطلاق
لان حقيقة كلامه المباشرة فيهما فقصد في الفصلين وهو قول الشافعي والحق ان الفرق ثابت ولكن تاثيره
في اختلاف الحكم غير ظاهر فان كون الفعل يتحقق اثره بلا اذن والقول لا يتحقق اثره الشرعي الا باذن لا يحرم
عدم بلزوم الفرق المذكور **قوله** ومن حلف لا يضرب ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه لان منفعة
ضرب الولد عائدة الى الولد المضروب وهي التادب والتثقيف اي التقويم وترك الاعوجاج في الدين
والمروة والاخلاق فلم ينسب فعل المامور الى الامر وان كان يرجع الى الادب ايضا لكن اصل المنافع وحقيقتها
انما ترجع الى المتصف بها فلا توجب للنقل واما في عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده
وان لم يباشر ويقول العامي لولده غدا اسقيك علقة ثم يذكر لمودب الولد ان يضربه فبعد الابن نفسه قد
حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فمقتضاه ان ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتي ويحنث بفعل المامور
قوله ومن قال ان بعت لك هذا الثوب يعني فامراته طالق الى اخره لا شك انه يصح بعت لك هذا
الثوب وبعت هذا الثوب لك بمعنى واحد اما على جعل المخاطب مشارا له فيهما فاللام للاختصاص
واما على جعلها فيهما للتعليل اي بعته لاجلك فهي ايضا تفيد الاختصاص على ما ذكروا لكن الوجه الظاهر
في الاستعمال انه اذا وليت اللام الفعل متوسطة بينه وبين المفعول نحو بعت لك هذا كانت للتعليل
ووجه افادتها الاختصاص هو انها تضيف متعلقها لمدخولها ومتعلقها الفعل ومدخولها كان المخاطب
فتفيد ان المخاطب مختص بالفعل وكونه مختصا به يفيد ان لا يستفاد اطلاق فعله الا من جهته وذلك يكون
بامره واذا باع بامره كان بيعه اياه من اجله وهي لام التعليل فصار المعقود عليه ان لا يبيعه من اجله
فاذا دس المخاطب ثوبه بلا علمه فباعه لم يكن باعه من اجله لان ذلك لا يتصور الا بالعلم بامره به ويلزم
من هذا كون هذا لا يكون الا في الافعال التي تجري فيها النيابة كالصياغة نحو ان صغت لك خاتما وكذا
ان خطت لك ان بنيت لك بيتا بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا للخاطب
سواء كان باذنه او بغير اذنه لان المحلوف عليه يوجد مع امره وعدم امره وهو بيع ثوب مختص بالمخاطب
لان اللام هنا اقرب الى الاسم الذي هو الثوب منه للفعل والقرب من اسباب الترجيح فيوجب اضافتها
الثوب الى مدخولها على ما سبق ومثله ما لو وليت فعلا لا تجري فيه النيابة مثل الاكل والشرب وضرب
الغلام لانه لا تعمل النيابة فلو قال ان اكلت لك طعاما او طعاما لك او شربت لك شرابا او شرابا لك او ضربت
لك غلاما او غلاما لك او دخلت لك دارا او دارا لك فانه يحنث بدخول دار يختص بها المخاطب اي بسبب

واكل طعام بملكه سواء كان بامره او بعلمه او دونهما ثم ذكر ظهير الدين ان المراد بالغلام الولد لان ضرب
العبد يحتمل النيابة والوكالة فكان كالاجارة قال تعالى فبشروه بغلام عليم وقال قاضي خان ان المراد به العبد
للعرف ولان الضرب مما لا يملك بالعقد ولا يلزم ومحل الضرب يملك به فانصرف اللام الى ما لا يملك الا الى
ما لا يملك **قوله** ومن قال هذا العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق لوجود الشرط وهو البيع
والفرض ان الملك فيه قايم لان خيار البايع لا يوجب خروج المبيع من ملك البايع فينزل الجزاء لوجود
المحل ولو باعه بيعا فاسدا فان كان العبد في يد المشتري مضمونا عليه بان كان غصبه لا يعتق كما في البيع
الصحيح البات لانه كما تم البيع يزول العبد عن ملكه الى المشتري قيل وهذه تدل على ان المعلول مع العلة في
الخارج وعقيب الشرط فان البيع كما هو علة للملك هو شرط لثبوت العتق لذلك العبد فكان المعلول اسرع
ثبوتا وهو الملك من المشروط الذي هو العتق حيث وجد ملك المشتري قبل وجود العتق ويمكن ان يقال
بل انما قارن الاعتاق زوال الملك فلم ينزل العتق لانه بعده فلم يصادف الملك وتقدم مثل هذا للمصنف
فتذكره وهذا المعلول عقيب العلة كما هو راي المصنف وعرف بهذا وجه تقييد المسألة بكون البيع
بشرط الخيار لانه لو قال ان بعت هذا العبد فهو حر فباعه بيعا باتا لا يعتق **قوله** وكذلك ان قال
المشتري ان اشتريته فهو حر فاشتراه على انه بالخيار يعني للمشتري يعتق ايضا اما اذا اشتراه شراء
فاسدا باتا فان كان في يده مضمونا لانه غصبه عتق لانه صار معتقا ملك نفسه ولو كان شراء صحيحا
عتق بطريق الاولى لان الشرط قد تحقق وهو الشراء والملك قايم فيه اما على قولهما فظاهر واما على
قول ابي حنيفة فلان العتق الواقع في هذا العبد بسبب تعليق هذا المشتري والمعلق بالشرط كالمنجز عنده
وهو اشتراه بشرط الخيار واعتقه قبل اسقاط الخيار يعتق ويثبت الملك سابقا له شرطا اقتضائيا
فكذا هذا واورد طلب الفرق بين هذا البيع والنكاح الفاسد وعلى قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى
حيث لا يقع به العتق فيما اذا قال ان تزوجت فعبدي حر فتزوج نكاحا فاسدا مع ان كلا منهما لا
يفيد الملك **واجيب** بان البيع وان لم يستعقب الملك فهو بيع تام على وفق الدليل وهو الايجاب
والقبول في محله فكان وجوده وجود الشرط بخلاف النكاح فانه اذا صح كان على خلاف الدليل
اذ الحرية تنفي ورود الملك فكيف اذا كان فاسدا فلا يحكم بانه الشرط الا اذا صح ويمكن ان يقال
لا ورود لهذا السؤال فان هذا البيع وان كان بشرط الخيار للمشتري فانه يعقب الملك له بسبب خاص
فيه وهو تعليقه السابق عتق من يشتريه فانه يلزم ان ينزل العتق عند الشرا لانه الشرط ويستلزم
سبق الملك اقتضاء ومثله لا يتصور في النكاح واورد كون منع المعلق كالمنجز لان المنجز لو لم يثبت عنده
الخيار والحكم يتقدمه يلغو والمعلق لا يلزم الغاؤه لان الملك يثبت بعد مضي مدة الخيار فينزل اذ ذاك
ولا يلغو **واجيب** لما امكن ان يجري فيه ما يجري في المنجز والعتق يحتاط في اثباته وجب اعتباره اذ ذاك
والاجازة ان يفسخ قبل المدة فلا يعتق بخلاف ما اذا اشترى اباه بشرط الخيار لا يعتق الا ان تمضي المدة
عند ابي حنيفة لعدم الملك فانه لم يوجد منه تكلم بالاعتاق بعد الشراء بشرط الخيار حتى يسقط
خياره وانما يعتق على القريب بحكم الملك ولا ملك للمشتري بالخيار والشارع انما علق عتقه في قوله
من ملك ذا رحم محرم بالملك لا بالشراء اما هنا فالايجاب المعلق صار منجزا عند الشرط وصار قايلا
انت حر فينفسخ الخيار مطلقا **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامرأته طالق

فاعتق او دبر تدبيرا مطلقا طلقت لان الشرط وهو عدم بيعه قد تحقق بوقوع الياس عنه بفوات
المحلية بالعتق والتدبير فصار كما لو علق طلاقها بعدمه بلفظ فمات او مات العبد فانها تطلق
لوقوع الياس واورد عليه منع وقوع الياس في العتق مطلقا بل في العبد اما في الامة فجاز ان ترتد بعد
العتق فتسبى فيملكها هذا الحالف فيعتقها وفي التدبير مطلقا لجواز ان يقضي القاضي ببيع المدبر
اجيب بان من المشايخ من قال لا تطلق لهذا الاحتمال والصحيح انها تطلق لان ما فرض من الامور الموهومة
الوقوع فلا يعتبر لان الحلف على بيع هذا الملك لا كل ملك **واجيب** ايضا عن المدبر بان بيعه بيع في
لانفساخ التدبير بالقضاء فيعتق ولا فرق بين كون العبد ذميا او مسلما يجري فيه اختلاف المشايخ
والصحيح **قوله** واذا قالت المرأة تزوجت علي فقال كل امرأة لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته
في القضاء وان قال نويت غيرها صدق فيما بينه وبين الله وتطلق في القضاء وهذه مسألة الجامع
الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن ابي يوسف في شرح الجامع الصغير انها لا تطلق واختاره شمس الايمة
وكثير من المشايخ لان الكلام خرج جوابا فينطبق على السؤال فكانه قال كل امرأة لي غيرك ولانه
لان غرضه ارضاها لا ايحاشها وجه ظاهر الرواية ان اللفظ عام والمخصص منتف لانه ان كان فهو
غرض ارضائها وجاز كون غرضه ايحاشها لاعتراضها عليه فيما احل الله له فكان محتملا لكل من الامرين
فالحكم بمعين تحكم ولانه زاد على قدر الواجب اذ يكفيه ان يقول ان كنت فعلت ذلك فهي طالق فلما لم
جعل مبتدأ احترازا عن الالغا والله اعلم **فروع** قال لي اليك حاجة اقضها فقال نعم وحلف على
بالطلاق والعتاق قيل حاجتي ان تطلق زوجتك ثلاثا له ان لا يصدقه لانه منهم ولو حلف ليطيعنه
في كل ما يامره به وينهاه عنه ثم نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا ان كان ما يدل على
قصده الى ذلك عند تحليفه على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهي عن جماع المرأة عادة كما يريدون
النهي عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليها طلاق
بمضي مدة الايلاء يحنث لا بما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضي للعنة واللعان ولا باجازة خلع
الفضولي بالفعل ويحنث لو اجازه بالقول قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدا
انه دخلها اليوم فقال عبده حر ان كانا رايا في دخلت لم يعتق عبده بقولهما رايناه دخل حتى يشهد
اخران غيرهما ان الاولين راياه دخل **ادعت** انها امرأته فحلف بطلاق زوجة اخرى له ما
هي امرأته فاقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتي فطلقتها قال لا يحنث حلف ماله عليه
شي فشهدا ان له عليه الفا وقضى بها القاضي يحنث في قول ابي يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق
فرق بينهما عند ابي يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا انه اقرضه الفا والمسألة بحالها لا يحنث في قولهما
حلف بطلاق ولا يدري يحلف بواحدة او اكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحري فان استوى ظنه ياخذ
بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة او زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احديهن حتى يدخل
الدار فاذا دخلت احديهن خير في ايقاعه على ايهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فامرت زوجها ان يحلف
بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج ان لا يصدقها لانها صارت مناقضة
حلف ان لم يجامع امرأته العشرة فهي طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير
حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا

يحنث في قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وبما وقت التكلم والله سبحانه اعلم

باب اليمين في الحج والصوم والصلاة

قدمها بعد ما تقدم لانها عبادات فتترجح في نفسها فيقتضي ذلك ان تقدم الا ان يعرض ما
يوجب تقديم غيرها من كثرة الوقوع المقتضية لاهمية التقديم **قوله** ومن قال وهو في
الكعبة او غيرها علي المشي الي بيت الله او الي الكعبة وكذا علي المشي الي مكة او بكة بالباء فعليه حجة
او عمرة ماشيا وان شاء ركب واهراق دما والتقييد بكونه في الكعبة مذكور في الجامع الصغير ليفيد
ان وجوب احد النسكين بهذه العبارة ليس باعتبار انه مدلول اللفظ والا لغي لانه لا يلتزم المشي الا لمحصل
اليه فاذا كان فيه استحال التسبب لحصوله والحق ان يقال ليس باعتبار انه مدلول اللفظ لان الواقع
ان مدلول المشي ليس هو الحج او العمرة بل ولا يستلزمه لجواز ان يمشي الي البيت ولا يفعل نسكا اما ابتداء
واما بان يقصد مكانا في الحل داخل المواقيت ليس غير فاذا وصل اليه صار حكمه حكم اهله وله بعد
ذلك ان يدخل مكة والبيت بلا احرام وهذا الان من الجائز ان يكون في البيت ويوجب المشي اليه مرة
اخري فيلزمه اذا خرج ان يعود كما لو كان في بيت الله فقال والله لادخلن هذا البيت فان عليه ان
يخرج ثم يدخل مرة ثانية ولا باعتبار الحكم بذلك مجازا باعتبار انه سبب الاحرام صونا له عن اللغو
لانه ليس لازما له لجواز ان يقصد بسيره مكانا داخل المواقيت ليس غير كما ذكرنا ولا بالنظر الي الغالب
وهو ان الذهاب الي هناك يكون لقصد الاحرام لما عرف من الغاء الالفاظ وهي ما اذا نذر الذهاب
الي مكة كان قال علي الذهاب او لله علي الذهاب الي مكة او السفر اليها او الركوب اليها والمسير او المضي انه لا
يلزمه شي مع امكان ان يحكم بذلك فيها صونا عن اللغو بل لانه تعورف ايجاب احد النسكين به فصار
فيه مجازا لغويا حقيقة عرفية مثل ما لو قال علي حجة او عمرة والا فالقياس كما ذكره المصنف ان لا
يجب بهذا شي لانه التزم ما ليس بقربة واجبة ولا هو المشي ولا مقصودة في الاصل ولو قيل
بل هي واجبة فان المكي اذا نذر علي المشي يلزمه الحج ماشيا اجيب بان الشرط للزوم النذر علي ما
قدمناه بعد كونه من جنسه واجب ان يكون مقصودا لنفسه لا لغيره حتي لا يلزمه النذر بالوضوء لكل
صلاة والمشي المذكور وكذا السعي الي الجمعة كذلك لمن لا يملك مركبا ويقدر علي المشي الا انه قد يعكر
عليه الطواف فانه واجب مقصود لنفسه لا شرط لغيره الا ان يراد من جنس المشي الي مكة واورد
ان الاعتكاف يلزم بالنذر وليس من جنسه واجب اجيب بان شرطه الصوم وهو من جنسه واجب
وتوجيهه ان ايجاب المشروط ايجاب الشرط ولا خفاء في بعده فان وجوب الصوم فرع وجوب الاعتكاف
بالنذر والكلام الان في صحة وجوب المتبوع فكيف يستدل علي لزومه بلزومه ولزوم الشرط فرع
لزوم المشروط وان استدل بالاجماع او النص المتقدم في حديث نذر عمر الاعتكاف في الجاهلية ثم
لا يقولون بهذا الحديث بل يصرفونه عن ظاهره لانهم والشافعي لا يصححون نذر الكافر ثم قد يقال
تحقق الاجماع علي لزوم الاعتكاف بالنذر يوجب اهدار اشتراط وجود واجب من نفسه واذا
تعارفوه للايجاب صار كقوله علي زيارة البيت ماشيا فانه موجب لذلك ولو اراد بيت المقدس
او مدينة رسول الله صلي الله عليه وسلم شي واورد انه اذا كان كقوله علي حجة او عمرة ينبغي ان لا يلزم
المشي لانه لو قال علي الحج لا يلزمه **والجواب** ان الحق ان التقدير علي حجة او عمرة ماشيا لان المشي لم يعهد

اعتباره شرعا فانه روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ان اخت عقبة بن عامر نذرت ان تمشي الي البيت فامرها
النبي صلي الله عليه وسلم ان تركب وتهدي هديا رواه ابو داود وغيره وسنده صحيح وما في صحيح مسلم
انه قال لتمش ولتركب فمحمول اما علي ذكر بعض المروي وعلي هذا اقتصرنا في كتاب الحج يعني ان محل الاشكال
جواز ركوبها ولو اهدت كما لو نذر الصوم بصفة التتابع ليس له ان يفرق ويتصدق بل لو فرق لزم استئنافه
فاقتصر الراوي علي ذلك ليفيد دفع ذلك وعرف لزوم الفدية من الحديث الاخر ويحمول علي حالة الجهد
فان في بعض طرقه وانها لا تطيق ذلك ثم يعرف لزوم الفدية من الحديث الاخر وقد ذكرنا بقيته هناك
ذيلا طويلا وفروعا جمة وان الراجح ان لا يلزمه المشي من بيته لا من حيث يحرم فيه من الميقات يعني الخلاف
فيما اذا لم يحرم منه هل يلزمه المشي منه او من حيث يحرم فيه من الميقات اما لو احرم من بيته لزمه المشي
منه بالاتفاق واعلم ان في بعض طرق حديث اخت عقبة قال ولتهد بدنة لكنهم عملوا باطلاق
الهدي في الحديث الاخر الثابت في الصحيحين واخرج الحاكم في المستدرك من حديث عمران بن الحصين
قال ما خطبنا رسول الله صلي الله عليه وسلم خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة وقال ان من المثلة
ان ينذر الرجل ان يحج ماشيا فمن نذر ان يحج ماشيا فليهد هديا وليركب وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه
لكن حمل المطلق علي المقيد اذا كانا في حادثة واحدة واجب فيجب البدنة ثم المصنف رحمه الله تعالي الي كرهه
المذهب عن علي رضي الله عنه والمروي عن علي من طريق الشافعي عن ابن علية عن سعيد بن ابي عروبة عن قتادة
عن الحسن عن علي رضي الله عنه في الرجل يحلف علي المشي قال يمشي فان عجز ركب واهدي بدنة ورواه عبد الرزاق
عن علي بسند صحيح فيمن نذر ان يمشي الي البيت قال يمشي فاذا عيي ركب واهدي جزورا واخرج نحوه عن ابن
وابن عباس وقتادة والحسن واما ورود البدنة في خصوص حديث اخت عقبة بن عامر فاسند ابو يعلي في مسنده
ثنا زهير ثنا احمد بن عبد الوارث ثنا همام ثنا قتادة عن عكرمة عن ابن عباس ان اخت عقبة بن عامر نذرت
ان تحج ماشية فسئل النبي صلي الله عليه وسلم فقال ان الله عز وجل غني عن نذر اختك لتركب ولتهد بدنة
واما اذا كان الناذر بمكة واراد ان يجعل الاحد الذي لزمه حجا فانه يحرم من الحرم ويخرج الي عرفات
ماشيا الي ان يطوف طواف الزيارة كغيره وان اراد اسقاطه بعمرة فعليه ان يخرج الي الحل فيحرم منه وانما
اختلفوا في انه يلزمه المشي في ذهابه الي الحل ولا يلزمه الا بعد رجوعه منه محرما والوجه يقتضي
انه يلزمه المشي لما قدمناه في الحج من انه يلزمه المشي من بلدته مع انه ليس محرما منها بل هو ذاهب الي محل
الاحرام ليحرم منه اعني المواقيت في الاصح لما قدمناه عن ابي حنيفة لو ان بغداديا قال ان كلمت فلانا
فعلي ان احج ماشيا فلقيه بالكوفة فكلمه فعليه ان يمشي من بغداد ولو قال علي السفر الي بيت الله فقد
علمت انه لا يلزمه شي مع اخواته ومثله الشد والهرولة والسعي الي مكة وكذا علي المشي الي استار الكعبة
او باب الكعبة او ميزابها او اسطوانة البيت او الصفا او المروة او الي عرفات ومزدلفة لا يلزمه شي واختلفوا
فيما اذا قال لله علي المشي الي الحرم او الي المسجد الحرام فقال ابو حنيفة لا يلزمه شي وقال صاحباه يلزمه احد
النسكين والوجه في ذلك ان يحمل علي انه تعورف بعد ابي حنيفة ايجاب النسك بهما فقالا به كما تعورف المشي
الي الكعبة ويرتفع الخلاف والا فالوجه الذي ذكر لهما متضائل وهو ان الحرم والمسجد الحرام يشتمل علي الكعبة
فذكر المشتمل ذكر للمشمول وهو الكعبة ولو صرح بقوله المشي الي الكعبة لزمه فكذا ذكر المشتمل لان ايجاب
اللفظ لتعارف عينه فيه وليس عين المشي الي الحرم عينه وهو وجه ابي حنيفة **قوله** ومن قال لعبدي حر

ان لم احج العام فشهد بعد انقضائه بحجت واقام العبد شاهدين على انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عنده
عند ابي حنيفة وابي يوسف ولم يذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة في الجامع الصغير كما له صاحب المختلف
وكذا لم يذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على امر مشاهد
وهو التضحية وكيف لا تقبل ومن ضرورته انتفا الحج ذلك العام فيتحقق الشرط فيعتق ولهما انها قامت
على النفي معنى لان المقصود منها نفي الحج لا اثبات التضحية فان الشهادة على التضحية غير مقبولة لان المدعي
وهو العبد لاحق له فيها لا مطالبه لان اليمين لم يتعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضا واذا بطلت
الشهادة على التضحية بقينا في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة فان قيل لا نسلم انها
مطلقا باطلة بل النفي اذا كان مما يعلم ويحيط به الشاهد صحت الشهادة عليه فانه ذكر في السير الكبير شهدا
على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى والرجل يقول وصلت به ذلك قبلت هذه الشهادة
وبانت امرأته لاحاطة علم الشاهد به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد
به اجاب المصنف بقوله غاية الامر ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا تمييز بين نفي ونفي في عدم
القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا يصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في
تمييز نفي من نفي واما مسئلة السير فالقبول باعتبار انها شهادة على السكوت الذي هو امر وجودي
وصار به كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة
لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضا فاما النحر وان كان وجوديا
والحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضا كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فبقي النفي هو المقصود
بها واما ما في المبسوط من ان الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم
فانت حر فشهدا انه لم يدخلها قبلت ونقضي بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت
بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى انه يرد عليه ان العبد كما لا حق له في التضحية
اذ لم يكن بها شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم
الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو وجودي متضمن للمدعي به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه
وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد
رحمه الله اوجه **قوله** ومن حلف لا يصوم فنوى الصوم وامسك ساعة ثم افطر من يومه حنث لوجود
الشرط وهو الصوم الشرعي اذ هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد تمام حقيقته وما
زاد على ادنى امساك في وقته تكرار للشرط ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا
ولذا نزل ابراهيم عليه الصلاة والسلام ذابحا حيث امر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت
الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على افعال مختلفة كالصلاة فلذا قال فيمن حلف
لا يصلي انه اذا قام وقرا وركع وسجد حنث اذا قطع فلو قطع بعد الركوع لا يحنث لانه لم يدخل في الوجود
تمام حقيقتها **قوله** ولو حلف لا يصوم يوما او صوما لم يحنث بصوم ساعة بل باتمام اليوم اما
في يوما فظاهر وكذا في صوما لانه مطلق فينصرف الى الكامل وهو المعتبر شرعا فلذا قلنا لو قال
لله علي صوم وجب عليه صوم يوم كامل بالاجماع وكذا اذا قال علي صلاة تجب ركعتان عندنا لا ينعقد
المنعقد ومذكور بذكر الفعل فلا فرق بين حلفه لا يصوم ولا يصوم صوما فينبغي ان لا يحنث في الاول

الا بيوم لانا نقول الثابت في ضمن الفعل ضروري لا يظهر اثره في غير تحقيق الفعل بخلاف الصريح فانه اختياري
يترتب عليه حكم المطلق فيوجب الكمال وقد اورد عليه ما لو قال لا صوم هذا اليوم وكان بعد ان اكل او بعد
الزوال او قال لامرأته ان لم تصلي اليوم فانت طالق فحاضت من ساعتها او بعدما صلت ركعة صحت اليمين
وطلقت في الحال مع انه مقرون بذكر اليوم ولا كمال واجيب بان اليمين تعتمد التصور والصوم بعد الزوال
والاكل متصور كما في صورة الناسي وكذا الصلاة من الحائض لان درور الدم لا يمنع كما في المستحاضة الا انها
لم تشرع مع درور هو حيض ففات شرط ادائه بخلاف مسئلة الكوز لان محل الفعل وهو الماء غير قائم اصلا
فلا يتصور بوجه وهاتان المسئلتان انما تصلحان مبنيتين لا موردتين لان كلامنا كان في المطلق وهو
لفظ يوما ولفظ هذا اليوم ليس من قبيل المطلق لانه مقيد معرف والمطلقات هي اسماء الاجناس والا
فزيد وعمرو مطلق ولا يقول به احد والمسئلتان مشكلتان على قول ابي حنيفة ومحمد لان التصور شرعا منتف
وكونه ممكنا في صورة اخرى وهي صورة النسيان والاستحاضة لا يفيد فانه حيث كان في صورة الحلف مستحيلا
شرعا لم يتصور الفعل المحلوف عليه لانه لم يحلف الا على الصوم والصلاة الشرعيين اما على قول ابي يوسف
فظاهر انهما تنعقدان ثم يحنث واعلم ان التمرتاشي ذكر انه لو حلف لا يصوم فهو على الجائز لانه للتعظيم لله
تعالى وذلك لا يحصل بالفاسد الا اذا كانت اليمين في الماضي وظاهره يشكل على مسئلة الكتاب فانه حنثه
بعدما قال انه افطر من يومه لكن مسئلة الكتاب اصح لانها نص محمد في الجامع الصغير **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام
وقرا وركع ثم قطع لم يحنث والقياس يعني على الصوم ان يحنث بالافتتاح وجه القياس ان الصلاة عبارة عن
افعال مختلفة فما لم يات بها لا تسمى صلوة يعني لم يوجد تمام حقيقتها والحقيقة تنتفي بانتفاء الجزء بخلاف الصوم
لانه ركن واحد وهو الامساك ويتكرر بالجزء الثاني ولذا قال الفقيه ابو الليث لا فرق بينهما في الحاصل
لان ما بعد صوم ساعة تكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة كصلوة ركعة يعني لانه يجتمع فيها تمام الحقيقة
ثم قال المصنف وان سجد مع ذلك يعني الركوع وما قبله ثم قطع حنث ويشكل عليه ما ذكر التمرتاشي حلف
لا يصلي يقع على الجائز كما تقدم فلا يحنث بالفاسد اذا كان اليمين في الماضي اي حلف ما صليت وكان صلى
فاسدا لان الصلاة الماضية يراد الخبر عنها لا التقرب بها ويصح الخبر عن الفاسدة اللهم الا ان يراد بالفاسد
ان يكون بغير طهارة ويكون ما في الذخيرة بيانا له وهو قوله لو حلف لا يصلي فصلى صلاة فاسدة بان صلى
بغير طهارة مثلا لا يحنث استحسانا لان مطلق الاسم ينصرف الى الكامل وهو ما به حصول الثواب وسقوط
الفرض قال ولو نوى الفاسدة صدق ديانة وقضاء لان الفاسدة صلاة صورة واطلاق الاسم على صورة
مجاز جائز فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تغليظ على نفسه لان مع هذا يحنث بالصحيحة ايضا وليس في
هذا الجمع بين الحقيقة والمجاز وانما طريقه انه في الصحيح ما في الفاسد وزيادة على شرط الحنث فلا يمنع
الحنث ولو كان عقد يمينه على الماضي بان قال ان كنت صليت فهي على الجائزة والفاسدة ثم فرق بين لا
اصلي ولا اصلي صلاة حيث يحنث بركعة فقال وفي صورة حذف المفعول المنفي فعل الصلوة لا كون
المفعول صلاة وذلك يحصل بالركعة الا انه اذا قطعها بعد ذلك فقد انتقض فعل الصلوة ولكن بعد
صحته والانتقاض انما يظهر في حكم قبل الانتقاض والحنث بعد تحققه لا يقبل الانتقاض فظهر من
كلامه هذا ان المراد من الفاسدة هي التي لم يوصف منها شيء بوصف الصحة في وقت بان يكون ابتداء
الشروع غير صحيح وعليه يحمل ما اوردناه في الصوم ويرتفع الاشكال هنا ايضا واورد ان من اركان الصلوة

القعدة وليست في الركعة الواحدة ويجاب بان لا يحنث بها واجيب بان القعدة موجودة بعد رفع راسه من
السجدة وهذا اولا مبني على توقف الحنث على الرفع منها وفيه خلاف المشايخ والحق انه يتفرع على الخلاف بين
ابي يوسف ومحمد في ذلك ومرت المسئلة في سجود السهو والاوجه ان لا يتوقف لتمام حقيقة السجود بوضع بعض
الوجه على الارض ثم لو سلم فليست تلك القعدة هي الركن والحق ان الاركان الحقيقية هي الخمسة والقعدة ركن
زايد على ما حرر وانما وجبت للختم فلا تعتبر ركنا في حق الحنث **قوله** ولو حلف لا يصلي صلاة لم يحنث ما لم
يصل ركعتين لانها الصلوة المعتبرة شرعا على الوجه الذي قررناه في لا يصوم صوما واقل المعتبر شرعا صلوة
ركعتين للنهي عن البتيراء نهيا يمنع الصحة اوفعلت ومن فروع هذه ما في الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة
فانت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة
لانها بتيراء الخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن ابي يوسف فقال بعض المتاخرين بني
بهذه ان المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن ابي يوسف حلف لا يصلي ركعة
وصلوة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا تتحقق الا بضم اخرى اليها والمذكور في الجامع حلف لا يصلي ولم
يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء وتانيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي
البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلاة هل يتوقف حنثه على قعوده
قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي
صلوة يحنث قبل القعدة لما ذكرناه وان عقدها على الفرض كصلوة الصبح او ركعتي الفجر ينبغي ان لا يحنث حتى يقعد

فروع حلف لا يؤم احدا فصلى فجاء ناس واقتدوا به فقال نويت ان لا اوم احدا صدق ديانة لا قضاء
الا ان اشهد اني انما اصلي لنفسي وكذا لو صلى هذا الحالف الجمعة بالناس ونوى ان يصلي لنفسه الجمعة جازت
الجمعة استحسانا لان الشرط الجماعة وقد وجد وحنث قضاء لا ديانة وينبغي اذا امهم في صلوة الجنازة ان يكون
كالاول ان اشهد صدق فيهما والا ففي الديانة ولو قال ما صليت اليوم صلوة يريد في جماعة صحت نيته
لانها ناقصة والمطلق ينصرف الى الكامل ولو قال ما صليت اليوم الظهر يريد في جماعة قال محمد لا تسعه النية
في هذا الخلاف ما اذا صلى الظهر في السفر ثم قال له بمعنى ظهر مقيم وسعته فيما بينه وبين الله تعالى وفيما اخرت
صلوة عن وقتها وقد نام فقضاها اختلفوا بناء على ان وقت التذكر وقتها بالحديث فيصح والا بل ينصرف الى الوقت الاصلي

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدمه على الضرب والقتل لان اللبس اكثر وقوعا منه لا بقيد خصوص الملبوس ولان شرعيته اوسع من شرعية الضرب
والقتل والحلي بضم الحاء وتشديد الياء جمع حلي بفتح الحاء وسكون اللام كثدي وثدي **قوله** ومن قال
لامراته ان لبست من غزلك اي ثوبا من غزلك اي مغزولك فهو هدي فغزلت من قطن مملوك له وقت الحلف
فلبسه فهو هدي اتفاقا ولو لم يكن في ملكه قطن او كان لكن لم تغزل منه بل غزلت من قطن اشتراه بعد
الحلف فلبسه فهي مسئلة الكتاب فعند ابي حنيفة هو هدي وقالا ليس عليه ان يهديه حتى تغزله من قطن
ملكه يوم حلف اي وقت الحلف ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان كان
نذر هدي شاة او بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه في الحرم والتصدق به هناك فلا يجزيه اهداء قيمته
وقيل في اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق في
مكة بعينه او بقيمته ولو نذر اهداء ما لا ينقل كاهداء دار ونحوها فهو نذر بقيمتها وجه قولهما ان النذر

انما ينعقد فيما هو في الملك قال صلى الله عليه وسلم لا نذر فيما لا يملك ابن ادم او مضافا الى سبب الملك مثل
ان اشتريت كذا فهو هدي او فعلي ان اتصدق به ولم يوجد ذلك فان اللبس المجعول شرطا ليس سببا للملك
ولا متعلقه الذي هو غزل المراة سبب لملكه اياه لانه يملك القطن وليس الغزل سببا لملك القطن لان غزلها
يكون من قطنها ويكون من قطنه فلا يصح النذر في المشتري من القطن اذا غزلته وله ان غزل المراة عادة يكون من
قطن الزوج لان العادة ان يشتري القطن من البيت وهي تغزله فيكون المغزول مملوكا له والمعتاد هو المراد
بالالفاظ فالتعليق بغزلها تعليق بسبب ملكه للثوب كانه قال ان لبست ثوبا املكه بسبب غزلك قطنه فهو هدي
ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه وان كان في الواقع لا يملك المغزول بالغزل الا اذا كان
القطن مملوكا له وحينئذ لا فرق بين ان يملك القطن بعد ذلك او في حال الحلف ثم استوضح على ان غزلها سبب عادي
لملكه المغزول بقوله ولهذا يحنث اذا غزلت من قطن مملوك له وقت النذر بالاتفاق مع ان القطن غير مذكور
وما ذاك الا لكون ذكر الغزل سبب الملك في المغزول لان معنى كونه سببا كونه كلما وقع ثبت الحكم عنه وكون
الغزل في العادة يكون من قطن مملوك له يستلزم كونه كلما وقع ثبت عنده ملك الزوج في المغزول وبهذا
فارق مسئلة التسري حيث لا يحنث فيها بالشراء بعد الحلف لان الاضافة الى التسري ليس اضافة الى سبب الملك
لان الملك لا يثبت عند التسري اثراله بل هو متقدم عليه ولهذا بطل قول من رجح قول زفر في مسئلة التسري
هذا والجواب في ديارنا ان يفتي بقولهما لان المراة لا تغزل الا من كتان نفسها او قطنها فليس الغزل سببا
لملكه للمغزول عادة فلا يستقيم جواب ابي حنيفة رحمه الله **وهذه فروع** تتعلق باللبس حلف لا يلبس
من غزلها فلبس فلما بلغ القليل السرة تذكر فلم يدخل يديه في الكمين ورجلاه بعد في اللحاف حنث حلف لا يلبس ثوبا
لا يحنث بلبس القلنسوة والعمامة ولو حلف لا يلبس ولم يقل ثوبا حنث والسراويل ثوب يحنث به ولو قال
هذا الثوب فاتخذ منه قلنسوة حنث ولو اتزر وارتدى يحنث سوى القميص وغيره بخلاف لا البس قميصا
لا يحنث اذا اتزر به او ارتدى فينعقد على اللبس المعتاد ولذا اذا حلف لا يلبس سراويل فاتزر به او تعمم
لا يحنث وقال هذا السراويل فاتزر به او تعمم حنث ولو وضعه على عاتقه يريد حمله لا يحنث ولو حلف
لا يلبس القباء او قباء ولم يعين فوضعه على كتفه ولم يدخل يديه لا يحنث وفي هذا القباء حنث لان في المنكر
يعتبر اللبس المعتاد وفي المعين الوصف لغو فلا يعتبر اللبس المعتاد بل مطلق اللبس وقال الصدر الشهيد واختار
الامام الوالد الحنث في المنكر ايضا لانه يلبس ايضا كذلك ولو وضع القبا على اللحاف ونام تحته قيل لا يحنث
وقيل يحنث لانه لو جعل القبا فوق الدثار حالة النوم يحنث والمراد بالدثار ما يلبس فوق القميص وهو
الشعار ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الانصار شعار والناس دثار وفي ثوب فلان فوضع قباءه على
كتفيه يحنث لا محالة لانه لابس لكن ليس الترددا الخلاف ما اذا ذكر لفظ القبا ولو حلف لا يلبس هذا الثوب
ما الق عليه وهو نايم الحنث لا يحنث لانه ملبس لا لابس فهو كما تقدم اذا حلف لا يدخل فحمل وادخل فلو تنبه
فالقاه كما انتبه لا يحنث وان تركه يحنث علم انه الثوب المحلوف عليه اولا وكذا لو القي عليه وهو منتبه
ولو حلف لا يلبس سراويل او خفا فادخل احدى رجليه لا يحنث لا يلبس من غزل فلانة لا يحنث بالزر والعروة
ولو لبس من غزلها وغزل غيرها حنث اما لو قال ثوبا من غزلها لا يحنث ولو كان فيه رقعة من غزلها
حنث وكذا ان كان صله في ذكه او دخريصة او علم من غزلها ولو حلف لا يلبس من غزلها فلبس ما خيطه
او ما بيده سلكه منه لا يحنث ولو لبس تكة من غزلها حنث عند ابي يوسف وعند محمد لا يحنث وعليه الفتوى

لا يلبس ثوبا من نسج فلان فلبس ثوبا نسجه غلمانه وفلان هو المتقبل عليهم فان كان يعمل بيده لا يحنث والا حنث
لا يلبس حريرًا او ابريسما لا يحنث الا بثوب كله او لحمته منه لا ما سداه او علمه منه الا ان ينويه لا يلبس
هذا القطن ولا نية له انصرف الى الثوب المتخذ منه فلو حشي به ثوبا وهو المضرب لا يحنث وكذا لا يلبس
من غزل فلانة ولا نية له هو على الثوب وان نوى عين الغزل لا يحنث بلبس الثوب ولا يلبس عين الغزل لا
يحنث بلبس الثوب لانه يلبس الثوب لا الغزل لا يلبس من ثياب فلان وفلان يبيع الثياب فاشترى منه ولبس
يحنث لا يلبس كتانا فلبس ثوبا فيه كتان وغيره حنث لا يكسوا فلانا فكساه قلنسوة او خفين او جوربين
او ارسل اليه ثوبا فلبسه حنث الا ان ينوي كسوته بيده ولو اعطاه دراهم فاشترى بها ثوبا فلبسه لا يحنث

قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم فضة لم يحنث عندنا وعند الايمة الثلاثة يحنث لنا انه ليس
حليا عرفا ولا شرعا بدليل انه ابيح للرجال مع منعهم من التحلي بالذهب والفضة وانما ابيح لهم لقصد التختم
لا للزينة فلم يكن حليا كاملا في حقهم وان كانت الزينة لازم وجوده لكنها لم يقصد به فكان عدمًا خصوصًا
في العرف الذي هو مبنى الايمان قال المشايخ هذا اذا لم يكن مصوغا على هيئة خاتم النسا بان كان له فص فان
كان يحنث لانه لبس النسا وانما يراد به الزينة لا التختم فكان معنى التحلي به وصار كلبسه سوارا وخلخالا او قلادة
او قرطا او دملوجا حيث يحنث بذلك كله ولو من الفضة وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النسا
وليس ببعيد لان العرف في خاتم الفضة نفي كونه حليا وان كان زينة ولو كان الخاتم من ذهب حنث مطلقا بفص
وبلا فص اتفاقا **قوله** ولو لبس عقد لولو غير مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وعلى هذا الخلاف
عقد زبرجد او زمرد او ياقوت وبقولهما قالت الايمة الثلاثة وجه قولهما انه حلي حقيقة فانه يتزين به
وسمي به في القران قال تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها والمستخرج من البحر هو اللولو والمرجان وله
انه لا يتحلى به في العادة وهو المراد بقوله عرفا الا مرصعا بذهب او فضة ومبنى الايمان على العرف لا على استعمال الفاظ
القران فينصرف الى المرصع فلا يحنث بغيره قال بعض المشايخ قياس قوله انه لا باس ان يلبس الغلمان والرجال
اللولو وقيل هذا اختلاف عصر وزمان ففي زمانه كان لا يتحلى به الا مرصعا وفي عرفهما تحلوا بالساذج
ويفتى بقولهما لان العرف القائم انه يتحلى به ساذجا كما يتحلى به مرصعا **قوله** ومن حلف لا ينام على فراش
اي فراش معين فانه قال في غير هذا الكتاب على هذا الفراش في بدليل وان جعل فوقه فراشا اخر فنام عليه لا
ولو كان نكرة فحلف لا ينام على فراش حنث بوضع الفراش على الفراش لانه نام على فراش نكرة ثم اذا نام عليه وفوقه
قرام حنث لان القرام تبع للفراش لانه ساتر رقيق يجعل فوقه كالتي تسمى في عرفنا الملى اي الملاة المجعولة فوق
الطراحة واذا كان تبعا له لم يعتبر وصار كانه نام على نفس الفراش بخلاف ما اذا جعل فوقه فراشا اخر فانه لا
يحنث اذا نام على الاعلى لانه مثله والشي لا يكون تبعا لمثله فتنقطع النسبة الى الاسفل وروي عن ابي يوسف
رواية غير ظاهرة عنه انه يحنث لانه يسمى نايما على فراشين فلم تنقطع النسبة ولم يصر احدهما تبعا
للاخر وحاصله ان كون الشي ليس تبعا لمثله مسلم ولا يضرنا لانه في الفراشين بل كل اصل بنفسه وتحقق الحنث
بتعارف قولنا نام على فراشين وان كان لم يماسه الا الاعلى **قوله** ولو حلف لا يجلس على الارض فجلس على
بساط او حصير لم يحنث لانه لا يسمى جالسا على الارض عرفا فاعتبر العرف كالامر البساط والارض والحصير
اصلا ولذا يقال اجلس على البساط لا تجلس على الحصير وتارة اجلس على الحصير لا تجلس على الارض فجعل
الجالس على احدهما غير جالس على الارض بخلاف ما لو جلس على ذيوله حيث يعد جالسا على الارض ويقال جلس

فلان على الارض فيحنث وسره حيث كان اللباس تبعا له كان بمنزلة نفسه فلا تعتبر حايلا بل كانه جلس بنفسه على
الارض نعم لو خلع ثوبه فبسطه وجلس عليه لا يحنث لارتفاع التبعية ولو حلف لا يجلس على سرير فجلس على سرير
فوقه بساط او حصير او فراش حنث لانه يعد جالسا عليه والجلوس على السرير في العادة كذلك اي بفرش عليه
يقال جلس الامير على السرير ولا شك ان فوقه شيا من انواع الفرش بخلاف ما اذا جعل فوقه سريرا اخر لانه اي
الاخر الاعلى مثل الاول الاسفل فلم يجعل تابعا له في العرف وهذا بالاتفاق وفرق ابو يوسف على تلك الرواية
عنه في الفراش بالعرف فانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين وان كان احدهما فوق الاخر بل يقال
جلس على سرير فوق سرير وهكذا الحكم في هذا الدكان وهذا السطح اذا حلف لا يجلس على احدهما فبسط
عليه وجلس حنث ولو بنى دكانا فوق الدكان او سطحا على السطح انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس
على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على السطح والاصطبل ولو بني على ذلك سطحا اخر فصلي عليه لا يكره قاله الشيخ ابو
في شرح الجامع وفي كافي الحاكم حلف لا يمشي على الارض فمشي عليها بنعل او خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث
وان مشى على احجار حنث لانها من الارض

باب اليمين في الضرب والقتل وغيره من الغسل والكسوة

قوله ومن قال ان ضربتك فعبدي حر فهو على الحيوة حتى اذا مات فضربه لا يحنث لان الضرب اسم لفعل
مولم يتصل بالبدن او استعمال الة التاديب في محل قابل للتاديب والايلام والادب لا يتحقق في الميت لانه
لا يحس ولذا كان الحق ان الميت المعذب في قبره توضع فيه الحيوة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند
اهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هي مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحيوة
في تلك الاجزاء التي لا ياخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان مبنيا على انكار عذاب القبر
والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس وقد ورد على احد الايلام في تعريف الضرب قوله
تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث فقد بر بضرب الضغث وهي حزمة من ريحان ونحوه ولا ايلام فيه
واجيب او لا بمنع عدم الالم في ضرب ايوب عليه السلام بالكلية وقد روي عن ابن عباس انه قبضة من
الشجر وان سلم فمخصوص بايوب ودفع بانه تمسك به في كتاب الحيلة في جواز الحيلة فلم يعتبره والجواب البر
بضرب بضغث بلا الم اصلا خصوصية وفي الكشاف هذه رخصة باقية خصوصية رحمة لزوجة ايوب
عليه السلام ولا بنا في ذلك بقاء شرعيته الحيلة في الجملة حتى قلنا اذا حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة
سوط وضربه مرة لا يحنث لكن بشرط ان يصيب بدنه كل سوط منها وذلك اما ان يكون باطرافها قايمة او
باعراضها مبسوطة والايلام شرط فيه اما عدمه بالكلية فلا ولو ضربه بسوط واحد له شعبتان خمسين
مرة يبر ولو ضربه مائة سوط وخفف بحيث لم يتالم به لا يبر لانه ضرب صورة لا معنى ولا بد من معناه فلا
يبر الا بان يتالم حتى ان من المشايخ من شرط فيما اذا جمع بين رؤس الاعواد وضرب بها كون كل عود بحال لو
ضرب منفردا به لاوجع المضروب وبعضهم قالوا بالحنث على كل حال والفتوى على قول عامة المشايخ وهو انه لا بد
من الالم **فرع** لاضربنك حتى اقتلك هو الضرب الشديد ومثله حتى اتركك لا حي ولا ميت وحتى
تستغيث فهو على وجود ذلك وكذا حتى تبرك وعندي ايضا انه على الضرب الشديد لاضربنك بالسيف حتى
تموت ولاضربن ولدك على الارض حتى تنشق نصفين فهو على ان يضرب به الارض او يركله فقط وخلاف هذا
ليس بصحيح حلف ليضربنه بالسيف حنث بضربه بغلافه وهو فيه وكذا بالسوط ملفوفة بحرقة وضربه حنث

يضربه بنصل هذا السكين او بزج هذا الرمح فنزعه وركب غيره وضربه به لم يحنث ولو قال ان لقيتك
فلم اضربك فعبدي حر فرآه على السطح او من بعيد بحيث لا تصل اليه يده ولا يقدر على ضربه لا يحنث قال
اذا كان بينه وبين فلان قدر ميل او اكثر فلم يلقه حلف لا يضرب امراته فضرب امته يعني فاصاب
المراة بغير قصد حنث لا اعذبه فحبسه لا يحنث لان الحبس تعذيب قاصر فلا يدخل تحت المطلق قوله
وكذلك الكسوة اذا حلف ليكسونه فالقى عليه ثوبا بعد موته يحنث وتقتصر الكسوة على الحيوة لاعتبار التمليك
في مفهومها وكذا لو قال كسوتك هذا الثوب كان هبة وقد جعلها الله سبحانه احد خصال الكفارة والمعتبر
فيها فيما سوى الاطعام التمليك والميت ليس اهلا للتملك ليصح التمليك قال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه
بالفارسية ينبغي ان يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس دون التمليك قوله الا ان ينوي به الستر
استثناء من قوله فهو على الحيوة الذي تضمنه التشبيه في قوله وكذلك الكسوة فحينئذ يحنث لان الستر يتحقق
في حق الميت كما في الحي فينعقد يمينه على حالتي الموت والحيوة وذكر ضميره وهو الكسوة على تاويل قوله كسوتك
وقيل على تاويل الاكتساء ولا وجود له في اللغة قوله وكذلك الكلام يعني اذا حلف لا يكلمه اقتصر على الحيوة
فلو كلمه بعد موته لا يحنث لان المقصود منه الافهام والموت ينافيه لانه لا يسمع فلا يفهم واورد انه عليه الصلاة
والسلام قال لاهل القليب قليب بدر هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقال عمر يا رسول الله ما تكلم من اجساد
لا ارواح لها فقال النبي صلى الله عليه وسلم والذي نفسي بيده ما انتم باسمع لما اقول منهم اجيب بانه غير
ثابت يعني من جهة المعنى والا فهو في الصحيح وذلك بسبب ان عايشة رضي الله عنها ردته لقوله تعالى وما انت
بمسمع من في القبور انك لا تسمع الموتى وبانه انما قاله على وجه الموعظة للاحيا لا لافهام الموتى كما روي عن علي
انه قال السلام عليكم دار قوم مؤمنين اما نساؤكم فنكحت واما اموالكم فقسمت واما دوركم فقد سكنت
فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم لكن بقي انه روي عنه عليه الصلوة والسلام ان الميت ليسمع خفق نعالهم
اذا انصرفوا وليطلب في كتاب الجنايز من هذا الشرح قوله والدخول يعني اذا حلف لا يدخل على فلان يتقيد بالحيوة
فلو دخل عليه ميتا لا يحنث لان المراد من الدخول عليه زيارته او خدمته حتى لا يقال دخل على حايط ولا على
دابة والزيارة للميت ليس حقيقة بل انما المزور قبره ولذا قال عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور
الا فزوروها ولم يقل عن زيارة الموتى قوله ولو قال ان غسلتك فعبدي حر انعقد على الحيوة والموت
لان الغسل الاسالة والمعنى المراد به التطهير او ازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحيوة وفي
شرح الطحاوي الاصل ان كل فعل يلذ ويولم ويغم ويسر يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع
والكسوة والدخول عليه انتهى ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عليه
الصلوة والسلام عثمان بن مظعون بعد ما ادرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة او التعظيم وقيل
ان عقد على تقبيل ملتح حنث او على امراة لا يحنث وهو على الوجه ولو حلف لا يغتسل او لا يتوضا او لا يحمله او لا
يمسه او لا يلبسه فهو على الحيوة والموت قوله ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها
حنث وكذا لو وجاها او قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي ان لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا واجيب
بما علل به في الكتاب وهو ان الضرب اسم لفعل مولم يتصل به وهذه الاشيا كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب
فلانا فنفض ثوبه فاصاب وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث واستشكل تعين الضرب بانها
اما ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع الة التاديب في محل قابل له فيجب ان لا يحنث بالخنق ومد الشعر

والعض لانه لا يتعارف ضربا او بمعناه وهو الايلام فيجب ان يحنث بالرمي بالحجر او بهما فيحنث بالضرب مع الايلام
بممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وما اجيب به من ان شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب
لفظا وعرفا ومعناه مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه ان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم
يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده ان لا يبيع بعشرة او باقل لا باكثر ولو باعه باكثر لا يحنث ايضا لانه وان وجد
شرط الحنث لفظا لانه لما باعه باحد عشر فقد باعه بعشرة ايضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تامل
ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب اما اذا فعل في الممازحة فلا يحنث ولو ادماها
لكن لا على قصد الادماء بل وقع الخطا في الممازحة باليد وعن الفقيه ابي الليث انه قال ارادها في العربية اما
اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق ان هذا هو الذي يقتضيه النظر في العربية
ايضا الا انه خلاف المذهب قوله ومن قال ان لم اقتل فلانا فامراته طالق وفلان ميت والحالف
عالم بموته حنث لانه لما علم بموته قبل حلفه والقتل ازالة الحيوة بسبب عادي مخصوص لزم انه عقد يمينه
على ازالة حيوة يحدثها الله تعالى فيه وذلك متصور فينعقد بالاتفاق ثم يحنث في الحال للعجز الحالي المستمر
عادة وان لم يعلم لا يحنث لانه عقد يمينه لا محالة على ازالة الحيوة القايمة فيه ولا يتصور ازالة القايمة
ولا حيوة قايمة فكان قياس مسئلة الكوز على الاختلاف السابق بين ابي يوسف وبينهما فعنده ينعقد ويحنث
فعليه الكفارة وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد قوله وليس في
تلك المسئلة اي مسئلة الكوز تفصيل بين العلم وعدمه بل الحكم انه لا يحنث عندهما سواء علم ان فيه ماء وقت
الحلف او لم يعلم وهو قول زفر وقوله وهو الصحيح احتراز عما ذكر في شرح الطحاوي حيث قال فيه ولو كان
يعلم ان الكوز لا ماء فيه فحلف وقال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامراته طالق فانه يحنث بالاتفاق
وعن ابي حنيفة رواية اخرى لا يحنث علم او لم يعلم وهو قول زفر ووجهه انه لو كان يعلم ان لا ماء في الكوز
فحلف ينبغي ان تنعقد يمينه عندهما على ما يحدثه الله في الكوز وهو متصور ثم العجز الحالي المستمر يوجب حنثه
بخلاف ما اذا لم يعلم ان في الكوز ماء لان يمينه انعقدت على ما في الكوز ولو اوجد الله تعالى فيه ماء كان غير
المحلوف عليه فلا يتصور شرب المحلوف عليه

باب اليمين في تقاضي الدراهم

التقاضي المطالبة وهي سبب للقضاء وهي مسايل الباب فترجم الباب بما هو سبب مسايله وخص الدراهم
بالذكر لانها اكثر دورا في المعاملات قوله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب او عاجلا فهو ما دون الشهر
فان اخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد او آجلا فهو على اكثر من شهر وعلى الشهر ايضا ولكنه قصد الطباق
بين قوله ما دون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا بالموت اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة او اكثر
بلا غاية محدودة الى الموت فان مات لاقل منه لا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي واحمد
ليس في يمين القريب والبعيد تقدير لانه اضافي فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها وبعيدة بالنسبة
الى ما دونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار وبعيدة باعتبار اخر وانما حكم بحنثه اذا مات قبل القضية
وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان
والعرف يعد الشهر بعيدا فانه يقال ما رايتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة هذا عند الاطلاق وعدم النية
تعتبر ذلك فاما ان نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على ما نوى حتى لو نوى بقوله الى قريب او عاجلا

سنة او اكثر حنث وكذا الي اخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الي الاخرة وتقدمت فروع فيما لو حلف ليقضينه
ضحي او عند الهلال ونحوها **قوله** ومن حلف ليقضين فلانا دينه اليوم فقضاه فيه ثم وجد
فلان بعضها اي بعض الدراهم زيوفا وهي المغشوشة غشا قليلا بحيث تجوز التجار رديها وانما يرده بيت
المال او نبهرجة وغشها اكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصي وتقبله السهل منهم او ستوقة لم يحنث
بذلك سوا رد بدلها في ذلك اليوم او لا لان الزيف عيب وكذا النبهرجة ولفظ الزيافة المذكور في الكتاب
غير عربي بل هو من استعمال الفقها والعيب في الجنس لا يعدم الجنس اي جنس الدراهم ولهذا اي ولكون وصف
الزيافة لا يعدم اسم الدراهم لو تجوز بها في الصرف اي لو جعلت بدلا في الصرف بالجياد او جعلت راس
مال السلم صح مع ان الافتراق عن غير قبض مفسد لهما فعرف انهما لم ينتف عنهما جنس الدراهم فيبر في اليمين
بهما سوا حلف على القبض او الدفع وكذا قبض الدراهم المستحقة صحيح ولذا لو اجاز المالك قبضها جاز واذا
بر في دفع هذه المسميات الثلثة فلو رد الزيوف او النبهرجة او استردت المستحقة لا يرتفع البر وان
انتقض القبض فانما ينتقض في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق
فردها مولي المكاتب بسبب انها زيف او نبهرجة او مستحقة لا يرتفع البر وان انتقض القبض فانما ينتقض
في حق حكم يقبل الانتقاض ومثله لو دفع المكاتب هذه الانواع وعتق فردها مولي المكاتب بسبب انها زيف
او نبهرجة او مستحقة لا يرتفع العتق ولو كانت رصاصا او ستوقة حنث اذا انقضي اليوم ولم يرد بدلها دراهم
والستوقة المغشوشة غشا زايدا وهو تعريب سي توئه اي ثلاث طبقات الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه
لانها ليست من جنس الدراهم حتى لا يجوز بها في الصرف والسلم ولا يعتق المكاتب باداها فلو ردها المولي ظاهر
عدم عتق العبد **قوله** وان باعه اي باع الحالف المديون رب الدين الذي حلف ليقضينه اليوم دينه
في اليوم المحلوف على قضايه فيه عبدا وقبضه رب الدين بر المديون في يمينه لان قضا الدين لو وقع بالدراهم
كان بطريق المقاصة وهو ان يثبت في ذمة القابض وهو الداين مضمونا عليه لانه قبضه لنفسه ليتملكه
وللداين مثله على المقبض فيلتقيان قصاصا فكذا هنا لهما عما في الذمة فلا فرق بين الدراهم وغيرها بما
بها صرح به فيبر في يمينه باعطاء العبد قصاصا وهو ان يثبت له في ذمته ثمن العبد وله في ذمته فيلتقيا
قصاصا ثم البر وقضا الدين يحصل بمجرد البيع قبض الداين العبد او لا حتى لو هلك المبيع في يد المديون الحالف
قبل قبض المشتري المبيع انفسخ البيع وعاد الدين ولا ينتقض البر في اليمين وانما نص محمد عليه تاكيدا للبيع
ليتقرر الدين على رب الدين لان الثمن وان وجب بالبيع لكنه على شرف السقوط لجواز ان يهلك المبيع قبل
القبض ولو كان البيع فاسدا وقبضه فان كانت قيمته تفي بالدين بر والا حنث لانه مضمون بالقيمة
هذا اذا حلف المديون وكذا اذا حلف رب الدين فقال ان لم اقبض ما لي عليك اليوم او ان لم استوف
قال محمد فان وهبها له لم يبر يعني اذا وهب رب الدين الدراهم الدين في اليوم قبل القضا به فقبل لم
يبر المديون والهبة فعل الداين بالابرا فلا يكون فعل هذا فعل الاخر قال في الفوايد الظهيرية اذا لم
يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه يعني لعدم المحلوف عليه وهو القضا قبل انقضا اليوم
وتقدم في مسلة الكوز ان بقا التصور شرط لبقا اليمين الموقتة وهذه كذلك اذ الكلام هنا في يمين
موقتة وان كان في الجامع الصغير لم يذكر اليوم وعترض بعضهم عليه بستلزم ارتفاع النقيضين لان البر
نقيض الحنث فلا يرتفعان وهذا غلط لان النقيضين اللذين يجب صدق احدهما دايما في الامور الحقيقية

كوجود زيد وعدمه اما في الامور الشرعية اذا تعلق قيام النقيضين بسبب شرعي فانما يثبت حكمهما ما دام السبب
قايما وما نحن فيه منه فان قيام اليمين سبب لثبوت احد الامرين لا محالة من الحنث والبر شرعا فاذا فرض انتفاوه
انتفي الحنث والبر كما هو قبل اليمين حنث لا بر ولا حنث فاذا فرض ارتفاعه كان الحال كما هو قبل وجوده وجميع
ما اورده من الاستشهاد مثل قول صاحب الخلاصة لم يحنث في مسلة الكوز وقول الكرخي في هذه المسلة لم
يحنث لا فايدة فيه لان عدم الحنث متفق عليه وانما يفيده لو كان لو ابر ولم يحنث وكيف يتصور البر وهو بفعل
المحلوف عليه ولم يفعل واعلم ان جواب هذه المسلة اعني مسلة الهبة مقيد بكون الحلف على يوم بعينه كما
اشرنا الي ذلك اما المطلقة بان حلف ليقضين دينه فابراه او وهبه فلا شك انه يحنث بالاتفاق لان التصور
لا يشترط بقاوه في اليمين المطلقة بل في الابتدا وحين حلف كان الدين قايما فكان تصور البر ثابتا فانعقد
ثم حنث بعد مضي زمن يقدر فيه على القضا باليابس من البر بالهبة **قوله** ومن حلف لا يقبض دينه درهما دون
درهم فقبض بعضه لم يحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض باقيه فاذا قبضه حنث لان الشرط
اي شرط الحنث قبض الكل بوصف التفرق لانه اضاف القبض المتفرق الي كل الدين حيث قال لا اقبض ديني
وهو اسم لكله فلا يحنث الا بتمامه متفرقا غير انه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعدد الوزن لا يحنث اذا
كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع المتفرقات فكان الوزنات كوزنة واحدة بخلاف
ما اذا اتشاغل بعمل اخر لانه به يختلف مجلس القبض على ما عرف ولانه قد يتعذر قبضه بوزنة واحدة لكثرته
فيجعل التفريق الكاين بهذا السبب مستثني والمسلة في الجامع الكبير موقتة هكذا اذا كان لرجل على رجل
مائة درهم فقال عبدي حر ان اخذتها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس
لم يحنث لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق ولو قال ان اخذت منها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ
خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد
قوله ومن قال ان كان لي الا مائة فامراته طالق فلم يملك الا خمسين لم يحنث لان المقصود منه عرفا نفي ما
زاد على المائة فيصدق على الخمسين اذ يصدق ان الخمسين ليس زايدا على المائة واما بالنظر الي اللفظ فلا يصح الا على
جعل المستثني مسكوتا عن حكمه فان معني اللفظ ليس لي مال الا مائة فالمائة مخرجة من نفي المال فاذا قلنا ان المستثني
مسكوت فتكون المائة غير محكوم عليها بانها في ملكه بل ولا متعرضا لها باثبات بوجه من الوجوه وهذا قول طايفة
من المشايخ واما على جعله مثبتا بطريق الاشارة كما هو قول طايفة اخري او على ان الاستثنا من النفي اثبات وهو
مختارنا وصرح به المصنف في هذا الكتاب فقال الاستثنا من النفي اثبات فيحنث لفظا لانه حلف على ان له مائة
واما قول المصنف ولان استثنا المائة استثنا وها جميع اخواتها فظاهر انه وجه مقابل لقوله لان المقصود
منه عرفا الي اخره وهو ان يكون بعد لولا له ومعلوم ان اخراجها ليس الا من النفي وحاصله اخراج جميع اجزا المائة
من عدم الملك فلو صح كان الحلف على نفي خمسين من ملكه فكان يحنث فليس المعول عليه الا وجه العرف بخلاف ما لو ادعي
انه اعطي زيدا مائة مثلا فقال زيد لم يعطني الا خمسين فقال ان كنت اعطيته الا مائة فانه يحنث بالاقل
وكذا اذا اختلف في قدر الدين فقال لي عليه مائة وقال الاخر خمسون فقال ان كان لي عليه الا مائة فهذا
لنفي النقصان لانه قصد بيمينه الرد على المنكر وفي الجامع الصغير عبده حر ان كنت املك الا خمسين فملك
عشرة لم يحنث لانها بعض المستثني ولو ملك زيادة على الخمسين ان كان من جنس مال الزكوة حنث والا لا وذكر
انه لو قال مالي صدقة ينصرف الي مال الزكاة او حلف ما له مال لا يحنث الا بمال الزكاة وفي جزانة الاكمل لو قال

امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسألة تاتي ان شاء الله تعالى

مسائل متفرقة اي هذه المسائل مسائل متفرقة فتكون الاشارة لامر حاضر في الذهن او تاخر وضع الترجمة عن وضع المسائل فتكون الاشارة على ظاهرها والظاهر الاول لان المعتاد تقدم الترجمة فان من عادة المصنفين ان يذكروا امثال هذه عن الابواب هذه الترجمة ونحوها **قوله** واذا حلف لا يفعل كذا تركه ابدا لانه نفي الفعل نفي الامتناع في جميع الاوقات المستقبلة ضرورة عموم النفي للفعل المتضمن للمصدر النكرة فلو وجد مرة لم يكن النفي في جميع الاوقات ثابتا وان حلف ليفعلن كذا بر بالفعل مرة في جميع الاوقات واحدة لان الملتزم فعل واحد غير عين اذ المقام مقام الاثبات فيبر باي فعل فعله سواء كان مكرها فيه او ناسيا اصيلا او وكيلا عن غيره واذا لم يفعل لا يحكم بوقوع الحنث حتى يقع الياس عن الفعل وذلك بموت الحالف قبل الفعل فيجب عليه ان يوصي بالكفارة او بفوت محل الفعل كما لو حلف ليضربن زيدا او ليأكلن هذا الرغيف فمات زيد او اكل رغيفا قبل اكله فحينئذ يحنث هذا اذا كانت اليمين مطلقة كما اريناك فلو كانت مقيدة مثل لاكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات كل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسألة الكوز خلافا لابي يوسف ولو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد **قوله** واذا استحلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل المدينة وهو بالدال والعين المهملتين كل مفسد وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد ومنه دعر العود يدعر بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد فهو على حالة ولايته خاصة فلو عزل لا يلزمه اخباره بعد ذلك وهو قول الشافعي ورواية عن احمد وهذا التخصيص في الزمان ثبت بدلالة الحال وهو العلم بان المقصود من هذا الاستحلاف زجره بما يدفع شره او شر غيره بزجره لانه اذا زجر داعرا انزجر داعر اخر كما قال تعالى ولكم في القصاص حيوة وهذا لا يتحقق الا في حال ولايته لانها حال قدرته على ذلك فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته والزوال بالموت وكذا بالعزل في ظاهر الرواية واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية وعن ابي يوسف انه يجب عليه اعلامه بعد العزل ايضا وهو قول الشافعي ورواية عن احمد لانه مفيد لاحتمال ان يعاد فيزجره لعدم معرفته حاله وهذا بعيد وفي شرح الكنز ايضا ثم ان الحالف لو علم بالداعر ولم يعلمه به لم يحنث الا اذا مات هو او المستحلف او عزل لانه لا حنث في اليمين المطلقة الا باليأس الا اذا كانت موقتة فيحنث بمضي الوقت مع الامكان انتهى ولو حكم بانعقاد هذه للفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعي يوجب التقييد بالفور في علمه به وعلى هذا الحلف رب الدين غريمه او الكفيل ان لا يخرج من البلد الا باذنه يتقيد بحال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وكذا لا يخرج امراته الا باذنه يتقيد بقيام الزوجية واذا زال الدين والزوجية سقطت ثم لا تعود اليمين بعودهما بخلاف ما لو حلف لا يخرج امراته من الدار فانه لا يتقيد به اذ لم يذكر الاذن فلا موجب لتقييده بزمان الولاية في الاذن وكذا الحال في حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامراته كل امراة اتزوجها بغير اذنك طالق وطلق امراته طلاقا بائنا او ثلاثا ثم تزوج بغير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المراة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح **قوله** ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه الاصل ان اسم عقد المعاوضة كالبيع والاجارة والصرف والسلم والنكاح والرهن والخلع بازاء الايجاب فقط كالهبة والصدقة والعارية والعطية والوصية والعمرى والنحل والاقرار والهدية وقال زفر

هي كالبيع وفي البيع وما معه الاتفاق على انه للمجموع فلذا وقع الاتفاق على انه لو قال بعتك امس هذا الثوب فلم تقبل فقال بل قبلت او اجرتك هذه الدار فلم تقبل فقال بل قبلت القول قول المشتري والمستاجر لان اقراره بالبيع تضمن اقراره بالايجاب والقبول وقوله لم تقبل رجوع عنه وكذا على عدم الحنث اذا حلف لا يبيع فاوجب فقط وعلى الحنث اذا حلف ليبيعن اليوم فاوجب فيه فقط ووقع الخلاف في ذلك لو كان بلفظ الهبة فعندنا يبر بالايجاب وعنده يحنث ثم استدل المصنف لزفر باعتباره بالبيع لانه اي عقد الهبة تمليك مثله حيث يتوقف تمام سببيته على القبول فلا يكون هو اي عقد الهبة بلا قبول كالايجاب في البيع ثم اشتراط القبض في رواية عنه بل بمجرد ايجاب الهبة والقبول من الاخر يبر لتمام السبب واما القبض شرط حكمه و يتم دونه كالبيع بشرط الخيار وفي رواية اخرى عنه يشترط معه القبض ولا يبر حتى يقبض الاخر لان السبب بلا حكم غير معتبر قال المصنف ولنا انه عقد تبرع فيتم بالمتبرع اي الهبة اسم للتبرع فاذا تبرع وجد المسمى فيحنث ولا يراد تمامه سببا للملك الا على ما نقل عن بعضهم ان الملك يثبت به قبل القبول الا ان بالرد ينتقض دفعا لضرر المنة بلا اختيار ونحوه من فسخ نكاح الزوجة المرقوقة لانه لا معول ولا عمل على هذا بل لا بد من القبول لتمام العقد فكان نفي احتياجه الى القبول في تمام العقد ووقوعه سببا للملك لا حركا لبيع والحاصل انه انما يتم به ما هو من جهته وهو التمليك ولهذا القدر لا يدخل في ملك الاخر وان كان بلا بدل حتى يظهر رضاه بذلك بلفظه المفيد له فهو كالبيع في هذا القدر وحقيقة الخلاف انما هو في تعيين مسميات شرعية لالفاظ هي لفظ البيع والهبة واخواتهما ولا سبيل الى ذلك الا بالنقل والاستدلال فلما كان عند اطلاق لفظ باع فلان كذا او بعت كذا يفهم منه وقوع الايجاب والقبول حكم بان اسم البيع للمجموع ثم وقع النزاع في اسم الهبة فقال زفر هو كذلك واستدل الاصحاب بالنقل وهو ما في الصحيحين من قول ابن عباس ان الصعب بن جثامة اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابواء او بودان فرده عليه فلما راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم فقد اطلق اسم الاهداء من احد الجانبين فقط للعلم انه رده عليه ووجهه ان قول ابن عباس اهدى اما حكاية قول الصعب بن جثامة رضي الله عنه اهديت لك هذا او حكاية فعل وعلى كل تقدير يفيد ان اسم الهبة يتم بمجرد فعل الواهب قبل الاخر ولا واستدل ايضا بقولنا وهب لفلان فلم يقبل وليس شيء منهما بلازم لان غاية ما فيه انه يصح ان يطلق لفظ الهبة والهدية على مجرد الايجاب بقرينة كقوله فلم يقبل ونحن لا ننكر انه يصح ان يقال عليه فقط كما يقال على المجموع وكونه ظهر في موضع انه استعمل في مجرد الايجاب بقرينة لا يفيد الحكم بانه هو معناه الحقيقي الذي يجب الحكم به عليه عند عدم القرينة الا يرى انه لو قال بعته هذا الثوب بالف فلم يقبل لم يكن مخطيا ويكون مستعملا لاسم الكل في الجزء فلو دل لصحة قول القائل وهبت فلم يقبل على ان وضع لفظ الهبة لمجرد الايجاب دل صحة قوله بعته فلم يقبل على ان البيع لمجرد الايجاب والاثبات واما الاستدلال بقول الصديق لعايشة كنت نحلتك عشرين وسقا من مال العالية وانك لم تكوني حزتيه فسماه نحلا قبل القبض فانما ينتهض على احدى روايتي زفر انه ماخوذ فيه القبض ايضا ولئن نصححها بل المعتبر المجموع من الايجاب والقبول والقبض شرط الحكم لا من تمام السبب ومسمى اللفظ واما الوجه القائل ان المقصود من الهبة اظهار السماحة وصونها بالاجابة يعني فالظاهر ان الاسم بازاء ما يتم به المقصود من العقد ولا يخفى انه غير لازم والا لكان اسماء الامور التي لها غايات اسماء تلك الغايات وايضا فقصد الاظهار للسماحة وهو عين المراآة ولا ينبغي حمل فعل جميع

العقلاء عليه بل اللازم كون المقصود منها وصول النفع للحبيب والتقصير لاجنبي ومن البر ان يجعل
مقصودا للعقلاء فيجب الحمل عليه وعلى اعتباره لا يتحقق الوصول الا بمجموع الايجاب والقبول واقربها انه
اسم للتبرع كما ذكر المصنف والاستدلال عليه بانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع وان كان تمام السبب يتوقف على
شيء اخر فهو اسم لجزء السبب سلم ههنا وعلى هذا الخلاف القرض وعن ابي يوسف ان قبول المستقرض لا بد منه
فيه لان القرض في حكم المعاوضة فلو قال اقرضني فلان فلم اقبل لا يقبل قوله ونقل عن ابي حنيفة فيه روايتان
والابراء يشبه البيع من حيث انه يفيد الملك باللفظ دون قبض والهبة لانه تمليك بلا عوض ولهذا ذكر في
الجامع انه في العوض والابراء قياسا واستحسانا وقال الحلواني فيهما كالهبة قيل والاشبه ان يلحق الابراء
بالهبة لعدم العوض والقرض بالبيع واعلم ان الابراء له شبهان شبه بالاسقاط لان الدين وصف في الذمة
لا عين مال فباعتباره قلنا لا يتوقف على القبول وشبه بالتمليكات باعتبار ان ماله الى عين المال حتى جرى احكام
المال عليه في باب الزكوة ولهذا قلنا يرتد بالرد ولا يقبل التعليق ولا يعلم خلاف في ان الاستقراض كالهبة

فروع حلف لا يوصي بوصيته فوهب في مرض الموت لا يحنث وكذا لو اشترى اباه في مرضه فعتق عليه
ولو حلف ليهبنه اليوم ماية درهم فوهبه ماية له على اخر وامره بقبضها بر ولو مات الواهب قبل قبض الموهوب
له لا يتمكن من قبضه لانها صارت ملكا للورثه وفي شرح الجامع الكبير للعتابي ان الاباحة والوصية والاقرار
والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الاخر ولو قال لعبدان وهبك فلان مني فانت حر فوهبه منه
ان كان العبد في يد الواهب لا يعتق سلمه اليه او لا وان كان وديعة في يد الموهوب له ان بدا الواهب فقال
وهبته لا يعتق قبل او لم يقبل وان بدا الموهوب له فقال هبه مني فقال وهبته منك عتق ولو حلف
لا يهب عبده من فلان فوهبه له اجنبي فاجاز الحالف الهبة حنث هكذا رواه ابن سماعة عن محمد ولا
يهب عبده لفلان فوهبه على عوض حنث حلف لا يستدين دينا فتزوج لا يحنث ولو حلف لا يشاركه
ثم شاركه بمال لابنه الصغير فالشريك هو الابن لا الاب لانه لا ربح للاب في المال وتنعقد يمين نفي
الشركة على ما عليه عادات الناس من الشركة في التجارات دون الاعيان فلو اشتريا عبدا لم يحنث بخلاف
ما لو قال لا يكون بيني وبينه شركة في شيء حيث يحنث بخلاف ما لو ورثا شيئا لا يحنث لانه لم يشاركه
مختارا انما لزمه حكما احب او كره **قوله** ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لم يحنث ويشم
هو بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم في الماضي هذه هي اللغة المشهورة الفصيحة واما
واما شممت اشمه بفتح الميم في الماضي وضمها في المضارع فقد انكرها بعض اهل اللغة وقال هو خطا
وصحح عدمه فقد نقلها الفرا وغيره وان كانت ليست بفصيحة ثم يمين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو حلف
لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرايحة الى دماغه وفي العرف الريحان كل ما طاب ريحه
من النبات وعند الفقهاء ما لساقه رايحة طيبة كما لورقه وقيل في عرف اهل العراق اسم لما لا ساق له
من البقول مما له رايحة مستلذة وقيل اسم لما لم يكن له شجر ذكره في المبسوط لانه تعالى قال والنجم والشجر
يسجدان ثم قال والحب ذو العصف والريحان ولان الريحان انما يطلق على نبت من بزره وما لا شجر له
ولعينه رايحة مستلذة وشجر الورد والياسمين ليس لعينه رايحة انما الرايحة للزهر خاصة هذا
والذي يجب ان يعول عليه في ديارنا اهدار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم
واما الريحان الترنجي منه فيمكن ان لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقال ريحان ترنجي وعندنا يطلقون

اسم الريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع **قوله** ولو حلف لا يشتري بنفسجا فهو
على دهنه دون ورقه فلا يحنث الا بعين ذلك النوع بورقه وذكر الكرخي انه يحنث به ايضا بعموم المجاز وهذا
على العرف فكان في عرف اهل الكوفه بايع الورق لا يسمى بايع البنفسج وانما يسمى به بايع الدهن ثم صار كل يسمى
في ايام الكرخي فقال به واما في عرفنا فيجب ان لا تنعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن اصلا كما قال في الورد
والحناء ان اليمين على شرايهما ينصرف الى الورق لانها اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه في البنفسج

فروع متفرقة الاصناف اذا حلف على الدجاج نفيا او اثباتا وكذا الحمل والابل والبعير والجزور
والبغل والبقرة والبغل والبغلة والشاة والغنم والحمار والخيل ذكرا وانثى والتاء للوحدة
كما في تابلهم لما مررت بدير هند ارقني صوت الدجاج وضرب بالنواقيس والصوت انما هو للديوك
وفي الحديث في خمس من الابل شاة وعن ابي يوسف البقرة لانثى والثور ولم يرد ذلك والثور والكبش والديك
للذكر والبرذون للعجمي والبقر لانثى والجاموس للعرف حلف لا يفعل كذا ولا كذا ففعل واحدا منهما حنث
وان لم يذكر حرف النفي فقال لا افعل كذا وكذا فكذلك يحنث حلف لا ياكل مما يجي به فلان فجاء بحمص فطبخ فاكل
من مرقه وفيه طعم الحمص حنث ذكرها في فتاوي قاضي خان وعلى هذا يجب في مسئلة الحلف لا ياكل لحما فاكل
من مرقه انه لا يحنث ان يقيد بما اذا لم يجد طعم اللحم حلف لا يشرب خمرا من هذا الخمر فقاء وشرب قيئه لا
قال لعبده اذا سقيتنا الحمار فانت حر فذهب به فسقاه فلم يشرب عتق لانه سقاه لكنه لم يشرب ولا يشرب عصيرا
فعصر عنقودا في حلقه لا يحنث ولو عصره في كفه فحساه حنث اما لو قال لا يدخل حلقي حنث فيهما وفي الفتاوى
هذا في حقهم اما في عرفنا ينبغي ان لا يكون حانثا لان ماء العنب لا يسمى عصيرا في اوله انما يعصر حلف على امراته
لا تسكن هذه الدار وهي فيها وبابها مغلق وللدار حافظ فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس لها ان تتسور الحائط
قال الفقيه وبه ناخذ قال الصدر الشهيد فرق بين هذا وبين ما لو قال ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامراته
طالق فقيد ومنع من الخروج فانه يحنث ولو قال لامراته وهي في بيت والدها ان لم تحضري الليلة فمنعها الوالد
من الحضور منعا حسيا حنث قال الصدر الشهيد هذا في فتاوي الفضلي وذكر بعد هذا انه لا يحنث قال
والاصح انه يحنث ولا بد من الفرق بين الفعل وعدم الفعل وذلك لان الشرع قد يجعل الموجود معدوما بالعذر
كالاكراه وغيره ولا يجعل المعدوم موجودا وان وجد العذر انتهى يعني وقد اكرهت على السكنى وهو فعل
والمكره على الفعل لا يضاف الفعل اليه فلا يحنث وقد صرح بجواب الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل فيمن قال ان لم اخرج
من هذه الدار اليوم فقيد الحالف ومنع ابا ما انه يحنث وهو الصحيح وفي الخلاصة لو قال لامراته ان سكنت
هذه الدار فانت طالق وكان ليلا فهي معذورة حتى تصبح ولو قال لرجل لم يكن معذورا والصحيح لاحوف
لص وغيره وهذا ما سلف لو عبد به كل عبد لي حر وله عبد بينه وبين غيره لا يعتق لانصرافه الى التام ومثله
لا اكل مما اشتراه فاشتراه مع اخر فصار مشتركا لا يحنث لو اكل منه ويعتق عبده الماذون وان كان عليه دين
ولا يعتق عبد عبده الماذون عند ابي حنيفة اذا كان عبده مستغرقا كسبه ورقبته بالدين وان نوى المولى
عتقهم وان لم يكن عليه دين ان نواه عتق والا فلا وعند ابي يوسف ان نواه عتق والا فلا كان عليه دين او لا
وقال محمد عتقوا جميعا في الاحوال كلها قال لغيره والله لتفعلن كذا ولم ينو شيئا فهو حالف فان لم يفعل الحالف
حنث وان اراد به الاستحلاف فهو استحلاف ولا شيء على واحد منهما اذا لم يفعل ولو قال لغيره اقسمت او اقسمت
عليك لتفعلن كذا وقال اشهد بالله او اشهد عليك او لم يقل عليك فالحالف هو المبتدي الا ان يكون اراد

فلا يمين عليه ايضا ولو قال عليك عهد الله ان فعلت فقال نعم فالحالف المجيب ولا يمين على المبتدي وان نوى ان
اشتري بنا من اللحم فقالت امراته هو اقل من من وحلفت فقال ان لم يكن منا فانت طالق فانه يطبخ قبل ان يوزن
ولا يحنث هو ولا المراة حلف لا ياكل من خبز ختنه فسافر الختن وحلف لامراته ذلك نفقة فاكل منه حنث
لانه باق على ملكه قال القاضي الامام هذا اذا لم يقدر لكن قال لها كل من دقيقي بقدر ما يكفيك اما اذا قدر
قدرا من الدقيق واعطاها صار ملكا لها فلا يحنث قال في الخلاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل من مال فلان
فتناهدا فاكل الحالف لا يحنث لان كلا منهما اكل مال نفسه في العرف وفيه نظر قال قلت للقاضي الامام لو كان
احد الشركا صبيا لا يجوز ولو كان كل واحد اكل مال نفسه ينبغي ان يجوز قال نعم استصوبني لكن لم يصرح بالخلاف
انتهى واقول الفرق ان عدم الحنث لاكل من المتناهدين مال نفسه حقيقة بل بعض مال الصبي ايضا وفي
الخلاصة حلف لا ياكل من خبز فلان فاكل خبزا بينه وبين فلان يحنث وقال الامام في مجموع النوازل لا يحنث لانه
اكل حصته ولو حلف لا ياكل من مال فلان فمات فلان وهو وارثه فاكل ان لم يكن له وارث سواه او كان فاكل
بعد القسمة لا يحنث والا حنث ولو قال رغيف فلان لا يحنث ولو حلف لا ياكل رغيفا لفلان فاكل رغيفين
بينه وبين غيره يحنث في مجموع النوازل وكذا دار بين اثنين قال زوج احديهما ان دخلت الا في نصيبك
فانت طالق وهي غير مقسومة فدخلت لا يحنث لانها ما دخلت في غير نصيبها ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل
دارا بينه وبين غيره لا يحنث ولو حلف لا يزرع ارض فلان فزرع ارضا بينه وبين غيره يحنث لان نصف الارض
يسمى ارضا ونصف الدار لا يسمى دارا ولو حلف لا ياكل من مال فلان فاكل من حب بينه وبينه حنث ولو اشترى
بدراهم مشتركة بينهما لم يحنث ولو حلف لا ياكل من طبيخ فلان فاكل مما طبخه مع غيره حنث ولو حلف لا ياكل من
قدر طبخها فلان لم يحنث وفي الاصل لو حلف لا ياكل من طعام اشتراه فلان فاكل من طعام مع غيره حنث الا
نوى شراه وحده بخلاف ما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه فلان ويملكه فلبس ثوبا اشتراه فلان مع غيره
لم يحنث لان الثوب اسم للكل ولا يقع على البعض ومثله لا يدخل دارا اشتراها فلان فدخل دارا اشتراها فلان
مع غيره لا يحنث وفي مجموع النوازل لمراة وهبت طيرا فقال لها زوجها اكر ازمرد اكي نوخرم فانت طالق
فوهبت من آخر فاكل الحالف يحنث قال صاحب الخلاصة وعلى قياس ما ياتي ينبغي ان لا يحنث صورتها في
الفتاوى حلف لا ياكل من ثمن غزل فلانة فباعت غزلها ووهبت الثمن لابنها ووهب الابن للحالف
فاشترى به شيا فاكله لا يحنث قال وهذا اصح من الاول وفي الجامع الصغير لو قال ان اكلت اليوم الا
رغيفا او ان تغديت الا برغيف فتغدى بخبز فاكل رغيفا ثم اكل بعده تمرا او فاكهة حنث وفي فتاوى قاضي خان
حلف لا ياكل اليوم الا رغيفا فاكل رغيفا مع الخل او الزيت او اللبن لا يكون حانثا لان الاستثنا يقتضي
المجانسة في المعنى المطلوب وهذه الاشيا لا تجانس الرغيف في المعنى وهو الاكل وهذا خلافا للاول ولو
قال ان اكلت اليوم اكثر من رغيف فتغدى بخبز فهو على الخبز خاصة وفي الفتاوى حلف لا ياكل هذه الخابية
التي فيها الزيت فاكل بعضها حنث ولو كان لا يوكل بتبع فباع النصف لا يحنث ولو حلف لا ياكل هذه البيضة
لا يحنث حتى ياكلها كلها وكذا في البيضتين ولو حلف لا ياكل هذا الشي كالرغيف مثلا فاكل بعضه قال
ابو بكر الاسكاف ان كان شيا يمكنه ان ياكله كله في مرة لا يحنث باكل بعضه وقال بعضهم اذا اكل بعض ما لا
يمكن ان يوكل كله في مجلسه يحنث في يمينه وهو الصحيح قال محمد رحمه الله كل شي ياكله الرجل في مجلس واحد
او يشربه في شربة واحدة فالحالف على جميعه لا يحنث باكل بعضه لكن في الفتاوى للقاضي حلف لا ياكل هذا

الرغيف فاكل وبقي منه شي يسير حنث فان نوى كله صحت نيته فيما بينه وبين الله تعالى وهل يصدق في
القضا فيه روايتان انتهى وكان المراد ان يترك شيا قليلا حتى لا يقال الا ان فلانا اكل جميع الرغيف
لقلة المتروك والا فقد سمعت ما ذكر محمد ونص في غير موضع انه اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف لا يحنث
باكل البعض وتقدم من النصوص لو قال هذا الرغيف علي حرام حنث باكل لقمة منه قال في فتاوى قاضي خان
قال مشايخنا الصحيح انه لا يكون حانثا لان قوله هذا الرغيف علي حرام بمنزلة قوله والله لا اكل هذا الرغيف
ولو قال هكذا لا يحنث باكل البعض قال ابراهيم سمعت ابا يوسف يقول فيمن قال كلما اكلت اللحم او كلما شربت
الما فلله علي ان اتصدق بدرهم فاكل تعليه في كل لقمة من اللحم وفي كل نفس من الما درهم حلف لا يكلم فلانا وفلانا
لا يحنث حتى يكلمهما الا ان ينوي الحنث باحدهما فيحنث بواحد منهما اما لو قال لا اكلمهما او قال بالفارسية
ابن دو كس سخن نكويم ونوى واحدا لا يصح نيته ذكره في المحيط قال وينبغي ان تصح لان المثنى يذكر ويراد به الواحد
فاذا نوى ذلك وفيه تغليظ على نفسه يصح انتهى هو مقيد بما اذا كان فيه تغليظ على نفسه ولو قال فلانا
او فلانا حنث باحدهما وكذا لو قال فلانا ولا فلانا وفي مجموع النوازل لا اكلم فلانا يوما ويومين وثلثة
فهذا على ستة ايام ولو قال لا اكلمه لا يوما ولا يومين ولا ثلثة فهو على ثلثة ايام حلف لا يشرب من دار فلان ما
منها شيا قال محمد بن سلمة يحنث لان المقصود من هذا اليمين الامتناع عن جميع الماكولات وقال غيره لا يحنث
في يمينه الا ان ينوي جميع الماكولات والمشروبات اما لو قال بالفارسية فلانك في تناول الماكول والمشروب
حلف لا يغتسل من امراته من جنابة فجامعها ثم جامع اخرى او على العكس يحنث وان لم يغتسل لان اليمين انعقدت
على الجماع لجنابة ولو نوى حقيقة الغسل حنث ايضا اذا اغتسل لانه اغتسل عنها وعن غيرها فيحنث كما لو حلف
لا يتوضا من الرعاف فتوضا من رعاف وغيره حنث ولو حلف لا يحل تكته على امراته اراد انه لا يجامع صح
وهو مول وان لم يرده ان فتح سراويله للبول ثم جامعها لا يحنث لان فتح سراويله عليها ان يفتح لاجل جماعها وان
فتحه لجماعها ولم يجامع قالوا ينبغي ان يكون حانثا لوجود شرط الحنث ولو حلف لا يحل التكة في الغربة فجامع من غير
حل التكة ان نوى عين حلها لا يحنث وصدق قضاء وان لم ينو يحنث ونحو هذا قوله ان اغتسلت من الحرام فعانق
اجنبية فانزل قالوا ارجى انه لا يكون حانثا ويكون يمينه على الجماع وعلى هذا الاصل لو حلفت لا تغتسل له
من جنابة زوجها فجامعها مكرهة قال الصفار ارجو ان لا يحنث قال الفقيه ابو الليث لان قولها كناية عن الجماع فاذا
كانت مكرهة عليه يحنث ولو قال لها عند ارادته الجماع ان لم تمكنيني او تدخلي معي البيت فلم تفعل ثم فعلت بعد
ساعة ان كان بعد سكون شهوته حنث والا لا وفي الجامع الكبير حلف لا يجامع امراته فجامعها فيما دون
الفرج لا يحنث فان قال عنيت فيما دون الفرج يحنث بها ولو قال لامراته ان فعلت حراما في هذه السنة فانت
طالق ثلاثا فهذا على الجماع فان علمته بان فعله بمعاينتها تداخل الفرجين وتعرف انها ليست مملوكة له ولا
زوجة او شهد عندها اربعة على ذلك لانه شهادة على الزنا والزنا لا يثبت الا بذلك ولو ان الحاكم مر
لا يسعها المقام معه فان جحد عند الحاكم انه فعل وليس لامراته بينة حلفته عند الحاكم فان حلف وسعها
المقام معه قلت فهذه المسئلة تفيد مسئلة ما اذا علمت انه طلقها ثلاثا ثم انكر فانها لا تمكنه ابدا
واذا لم تستطع الامتناع عنه لها ان تسمه ولو قال لها بالفارسية اكر بو اكي حرام كنم فانت طالق فابانها فجامعها
في العدة طلقت عندهما لانهما يعتبران عموم اللفظ وابو يوسف يعتبر الغرض فعلى قياس قوله لا يحنث بلا
تطلق وعليه الفتوى كذا في الخلاصة وغيرها ولو قال لاخر ان فعلت فان لم افعل قال ابو حنيفة ان لم يفعل

علي فور رضاه حنث حلف لا يعرفه وهو يعلم شخصه ونسبه ولا يعرف اسمه ففي البالغ لا يحنث لان معرفة البالغ
كذلك ويحنث في الصغير وعليه فرع ما لو ولد لرجل ولد فاخرجه الي جاره ولم يسمه بعد فراه الجار ثم حلف
الجار انه لا يعرف هذا الصبي يحنث ولو تزوج امراة ودخل بها ولا يدري اسمها فحلف انه لا يعرفها لا يحنث
وكذا لو حلف انه لا يعرف هذا الرجل وهو يعرفه بوجهه دون اسمه لا يحنث الا ان يعني به معرفه وجهه فيحنث
لانه شدد علي نفسه ولو حلف لا يفعل ما دام فلان في هذه البلدة فخرج ففعل ثم رجع فلان ففعله
ثانيا لا يحنث حلف لا اترك فلانا يفعل كذا كالامير هنا او لا يبخل ببقوله لا تفعل لا تخرج لا تمر اطاعه
او عصاه • والله تعالي الموفق للصواب • واليه المرجع والماب •

كتاب الحدود

لما اشتملت الايمان علي بيان الكفارة وهي دايرة بين العقوبة والعبادة اولاها الحدود التي هي عقوبات
محضه الدفاعا الي بيان الاحكام بتدريج ولولا ما يعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضه
لكان ايلاء الحدود والصوم اوجه لاشتماله علي بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتي تتداخل
علي ما عرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلوة ثم الايمان
ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات
المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال عليه الصلاة والسلام بني الاسلام
علي خمس شهادة ان لا اله الا الله الحديث **ثم** محاسن الحدود اظهر من ان تذكر لبيان وتكتب ببيان لان
العقلية وغيره يستوي في معرفة انها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية
واما انتها معني بسبب اشتباه النسب ولا يلتزم مؤن الولد مع ما فيه من تهمة الناس البرا او غيره ولذا
تدب عموم الناس الي حصورحده ورجمه وبا في الحد وذروا العقل وافساد الاعراض واخذ
اموال الناس وفتح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر
في ملة من الملل واباح الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي ما نعة منها
حقوق الله علي الخلوص فان حقوقه تعالي علي الخلوص انما تفيد مصالح عامه ولذا قال المصنف والمقصود
من شرعية الانزجار عما يتضرر به العباد • والعبارة المشهورة في بيان حكمه شرعيتها الزجر الا انه لما
كان الزجر يراد للانزجار وعدل المصنف الي قوله للانزجار الا ان قوله والطهرة ليست باصلية
الي اخره اي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد انه مقصود ايضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا اصليا
بل تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم سببه قبل
اصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمه واما ذلك فقول طايفة كثيرة من اهل العلم واستدلوا عليه بقوله
صلي الله عليه وسلم فيما في البخاري وغيره ان من اصاب من هذه المعاصي شيا فعوقب به في الدنيا فهو كفارة
له ومن اصاب شيا منها فستره الله فهو الي الله ان شاء عفي عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله
تعالي في قطاع الطريق ذلك اي التقتيل والصلب والنفي لهم خزي في الدنيا ولهم في الاخرة عذاب عظيم
الا الذين تابوا فاخبر ان جزا فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة اخروية الا من تاب فانها حينئذ تسقط
عنه الاخروية بالاجماع للاجماع علي ان التوبة لا تسقط الحد في الدنيا ويجب ان يحمل الحديث علي ما اذا
تاب في العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر ان ضربه او رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله

فتقيد به جمعا بين الادلة وتقديما للظني عند معارضة القطعي له متعينة بخلاف العكس واما اراد المصنف
انه لم يشرع للطهرة فاداه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته في حق الكافر ولا طهرة في حقه
من الذنب بالحد يعني ان عقوبة الذنب لما لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد لم تحقق في
حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من اهلها واما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب
الذي وجد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الي دليل سمعي في ذلك اذا التسمية انما توجب
لزوم عقوبة الكفر في حقه لا تنضاعف عليه عذاب الكفر فاذا فرض ان الله سبحانه وتعالي جعل الحد
مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا ينضم الي عذاب الكفر عذاب
تلك المعصية اذا حد لها الكافر الا ان يدل دليل سمعي علي ذلك هذا واما الاستدلال علي عدم كون
الحد مسقطا بانه يقام عليه وهو كاره فليس بشي لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والطعم
من تحقيق العبادة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده اي العلم بشرعيتها يمنع
الاقدام علي الفعل وايقاعه بعده يمنع من العود اليه **قوله** الحد لغة المنع وعليه قول نابغة
ذبيان • الا سليمان اذ قال الاله له • قم في البرية فاحددها عن الفند • وهو الخطا في القول
والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم في شرح ديوانه وكل مانع شي فهو حاد له وحداد
اذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك وان كان
البيت الذي استشهد به لا يفيده وهو قوله يقول لي الحداد وهو يقودني • الي السجن لا تجزع فما بك
من باس • فانه لا يلزم كون القايد الذي كان يقوده هو السجان لجواز ان يكون غيره ممن يوصله اليه
فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الي حال سبيله وللخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشي •
فقمنا ولما يصح ديكنا الي جونة عند حدادها • وسمي اهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من
الدخول والخروج وحدود الدار لانها تمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي
الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمي القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير
لعدم التقدير علي ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا
ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك اذن وغيره علي ما سياتي ان شاء الله تعالي وهذا الاصطلاح
هو المشهور وفي اصطلاح اخر لا يوخذ القيد الاخير فيسمي القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة
شرعا غير ان الحد علي هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلي الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط
بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه انبني عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا انكر
رسول الله صلي الله عليه وسلم علي اسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال اتشفع في حد
من حدود الله واما قبل الوصول الي الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الي الحاكم
ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الي الامام فلا عفي الله عنه ان عفي وهذا لان وجوب
الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل علي الامام عند الثبوت عنده **قوله** الزنا يثبت
بالبينه والاقرار ابتدا بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله بخلاف السرقة فانها لا تكثر
كثرته والشرب ان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة اهل الحجاز التي
بها جاء القران قال الله تعالي ولا تقربوا الزنا ويمد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق • ابا طاهر

من يزن يعرف زناه ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم
من اسماء الخمر قال والمراد ثبوته عند الحكام اما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي
وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص البينة والاقرار
لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلما وكذا سائر الحدود وقال ابو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت
به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع اهدر اعتباره
بقوله تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف
لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها تثبت بها غير مفتقر الى
هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفي بالظاهر وهو في البينة والاقرار اظهر لان الاقرار بسبب الحد
يستلحق مضرة في البدن ومعرة في العرض يوجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق دفعا
لضرر الاخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق النكاية لنفسه اذ ورطته في اسباب سخط الله
تعالى لينال درجة اهل العزم **قوله** فالبينة ان تشهد اربعة من الشهود ليس فيهم امراة على رجل وامراة
بالزنى ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعي هو يقول هو متهم ونحن نقول التهمة ما يوجب جر نفع و الزوج
مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها اولاد وانما كانت اربعا
كقوله فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهدا واما الحديث الذي ذكره المصنف
وهو قوله للذي قذف امراته بالزنى يعني هلال بن امية ائت باربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد
في ظهرك فلم يحفظ على ما ذكر نعم اخرج ابو يعلى في مسنده ثنا مسلم بن ابي مسلم الجرمي ثنا مخلد بن الحسين
عن هشام عن ابن سيرين عن انس بن مالك قال لاول لعان كان في الاسلام ان شريك بن سحما قذفه هلال بن
امية بامراته فرفعه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم اربعة شهود
والا فحد في ظهرك والذي في البخاري بانه عليه السلام قال البينة والا فحد في ظهرك والمسئلة
وهي اشتراط الاربع قطعية مجمع عليها ثم ذكر ان حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه
والقصر عليه لنفي قول من قال ان حكمته ان شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وعلى كل واحد يحتاج الى
اثنين فلزمنا الاربعة اما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشي كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده
اذا توقف على اربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء واما انه مندوب اليه
فلما اخرج البخاري عن ابي هريرة عنه عليه السلام من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة
من كرب الاخرة ومن ستر مسلما ستره الله في الدنيا والاخرة والله في عون العبد ما دام العبد في عون اخيه
واخرج ابو داود والنسائي عن عقبة بن عامر عنه عليه السلام قال من راى عورة فسترها كان كمن احيى
موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغي ان تكون الشهادة به خلاف الاولى التي مرجعها الى كراهة التنزيه
لانها في رتبة الندب في جانب الفعل وكراهة التنزيه في جانب الترك وهذا يجب ان يكون بالنسبة الى من لم
يعتد الزنا ولم يتهتك به اما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون
الشهادة اولى من تركها لان المطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصي والفواحش بالخطابات المفيدة
لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الغافلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشره في الزنى مثلا والشرب
وعدم المبالات به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها التمحض

بذلك فيجب تحقيق السبب الاخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زل مرة او مرارا مستترا متخوفا متندما
عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه السلام لهزال في ماعز لو كنت سترته بثوبك الحديث
وسياتي كان في مثل من ذكرنا والله سبحانه اعلم وعلى هذا ذكره في غير مجلس القاضي واداء الشهادة تكون بمنزلة
الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها واما ان المختار في حكم ما ذكره المصنف فلان
شهادة الاثنين كما يكون على فعل واحد يكون معتبرة على افعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء الجماعة قتلوا
فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المصنف **قوله** واذا شهدوا سالهم الحاكم عن خمسة اشياء عن
الزنى ما هو وكيف هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشيا بانه
صلى الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا في ذلك فهذا
الوجه يعم الخمسة والسمعي يقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة
الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام في استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز
فالجواب ان علة استفساره بعينها ثابتة في الشهود كما ستسمع فوجب استفسارهم اما انه استفسر عن الكيفية
ففيما اخرج ابو داود والنسائي وعبد الرزاق في مصنفه عن ابي هريرة قال جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه
وسلم فشهد على نفسه انه اصاب امراة حراما اربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل في الخامسة فقال انكتها
قال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة والرشا في البئر قال نعم
قال فهل تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما مثل ما ياتي الرجل من امراته حلالا قال فما تريد بهذا القول
قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم فسمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلين من اصحابه يقول احدهما لصاحبه انظر
الى هذا الذي ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة
حمار شائل برجله فقال اين فلان وفلان فقالا نحن ذان يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار
فقالا ومن ياكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض اخيكما انفا اشد من اكل منه والذي نفسي بيده
انه الان لفي انهار الجنة ينغمس فيها واما استفساره عن المزنية ففيما اخرجه ابو داود عن يزيد بن نعيم بن هزال
عن ابيه قال كان ماعز بن مالك في حجر ابي فاصاب جارية من الحي فقال له ابي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم
فاخبره بما صنعت لعله ان يستغفر لك قال فاتاه فقال يا رسول الله اني زنيت فاقم علي كتاب الله فاعرض عنه
فعاد حتى قالها اربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتها اربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل
ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به ان يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد
مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن انيس وقد عجز اصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم اتى النبي
صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله ان يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق في مصنفه
فقال فيه فامر به ان يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحي بعير فاصاب راسه فقتله واما ان في
الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فلما قال لانه عساه غير الفعل في الفرج عناه بان ظن مماسة الفرجين
حراما زنا او كان يظن ان كل وطء محرم زنى يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال يساله عن الزنى ما هو
ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى ان الاكراه على الزنى لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روي عن ابي حنيفة فيشهد
فلهذا يساله عن كيفيته وفي التحقيق هو حالة تتعلق بالزاني نفسه ثم يحتمل كون المشهود به زنى في دار الحرب
وليس فيه حد عندنا فلذا يسالهم اين زنى ويحتمل كونه في زمان متقادم ولا حد فيه اذا ثبت بالبينة او في زمن صباه

فلهذا يسألهم متى زنى وحد التقادم سيأتي ثم يحتمل كون المزني بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية
ابنه او كانت جاريته او زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف يحل لهؤلاء ان ينظروا
وكانت في بيت احدهم كوة يبدو منها للناظر ما في بيت المغيرة فاجتمعوا اغدة فشهدوا وقال المغيرة والله
ما اتيت الا امراتي فدرأ الله تعالى عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل في المكحلة فحد
عمر رضي الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنى بل قوله رأيت قدمين مخضوبتين وانفاسا
عالية وحفزا يرتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد واخرج عبد الرزاق في تفسيره بسنده عن عمر رضي الله عنه
ثم سألهم ان يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وابى ابو بكرة ان يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات
وعاد مثل النخيت من العبادة انتهى فلهذا يسأل عن المزني بها من هي وقياسه في الشهادة على زنى
امراة ان يسألهم عن الزاني بها من هو فان فيه ايضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا
او مجنونا بان مكنت احدهما فانه لا يجب عليها في ذلك الحد على قول ابي حنيفة ولو سألهم فلم يزيدوا على قولهم
انهما زنيا لا يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفي
كون ما ذكروه زنا ليظهر قذفهم لغير الزاني بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون وصار
كما لو شهد اربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم يأتون على شهادتهم غير انهم لا يقبلون
وعلى هذا لو اقام القاذف اربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عنه بخلاف ما لو
شهد ثلثة وابى الرابع فان الشهادة على الزنى قذف لكن عند تمام الحجة تخرج عن ان تكون قذفا فلما
لم يتم بامتناعه بقي كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا وسألهم فبين ثلثة ولم يزد واحد على الزنا
لا يحد وما وقع في اصل المبسوط من ان الرابع لو قال اشهد انه زنى فسئل عن صفته فلم يصفه انه
يحد محمول على انه قاله للقاضي في مجلس غير المجلس الذي شهد فيه الثلاثة **قوله** واذا بينوا ذلك وقالوا
رأيناه وطئها في فرجها كالميل في المكحلة وهو بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية
الزنا في الحقيقة وسأل القاضي عنهم فعدلوا في السر بان يبعث ورقة فيها اسماؤهم واسماء محلتهم
على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة وفي العلانية وهذا مما
وعد المصنف ببيانه في الشهادات بان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذي عدلته حكم
بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وبقي شرط آخر وهو ان يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل
في اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه
فسق كما اكتفى بها ابو حنيفة في الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على
ثبوت ايجاب الدرء ما امكن استدل عليه بما رواه ابو يعلى في مسنده من حديث ابي هريرة عنه
عليه السلام ادرءوا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذي من حديث عائشة رضي الله عنها عنه
عليه السلام قال ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام
ان يخطئ في العفو خير من ان يخطئ في العقوبة قال الترمذي لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن
يزيد بن زياد ويزيد ضعيف واسند في علله عن البخاري يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم
وتعقبه الذهبي قال البيهقي والموقوف اقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد
مجمع عليه وهو اقوى وكان ذكره مكانه ذكر مستند الاجماع واعلم ان القاضي لو كان يعلم عدالة الشهود

لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو اقوى من الحاصل له من تعديل المزكي ولولا ما
ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا في اقامة الحد بالسمع الذي ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هنا
ولم يثبت في تعديل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره **قوله** قال في الاصل يحبس
اذا وصف الشهود الاشيا المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة الشهود
لانه صار متهما وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان اخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما
يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس اظهر منه في اخذ الكفيل اجاب بان حبسه
ليس للاحتياط بل هو تعزير له لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنى الموجب للحد
بعد وحبس المتهم بين تعزير لهم جائز بخلاف ما اذا شهد واحد بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور
عدالة الشهود لان اقصى العقوبات هناك بعد ثبوت العدالة والقضا بموجب الشهادة الحبس فلا
يجوز ان يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان بعد الثبوت عقوبته اغلظ وهذا هو الفرق الذي وعد
المصنف بقوله وسيأتيك الفرق واما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج
ابو داود والترمذي عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده معوية بن حيدة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
حبس رجلا في تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى عنه حسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى
عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال اقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة
وعندها ناس من غطفان معهم ظهر لهم فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين
فاتوا بهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس احد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يك الا
يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك
يا رسول الله فقال عليه السلام ولك وقتلك في سبيله قال فقتل يوم اليمامة **قوله** والاقرار
ان يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا اربع مرات قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القران ولان الثابت
بها اقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه
صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو اقر الاخرس بالزنا بكتابه او اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة
وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال ان يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته
بخلاف الاعمى يصح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين وكذا لو اقر فظهر مجبوبا او اقرت فظهرت
رتقا وذلك بان تخبر النسا بانها رتقا قبل الحدود وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة
الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بخرساء او هي اقرت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف في
اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن ابي سليمان ومالك والشافعي وابو ثور واستدلوا لوحدة
العسيف حيث قال فيه واغد يا انيس على امراة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل اربع مرات ولان الغامدية
لم تقر اربعا وانما رد ماعزا لانه شك في امره فقال ابك جنون وذهب كثير من العلما الى اشتراط الاربع
واختلفوا في اشتراط كونها في اربع مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن ابي ليلى واحمد فيما
ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر منه وهو ما عن ابي هريرة قال اتى رجل
من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى
تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك اربع مرات فلما شهد على نفسه اربع

شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فأدركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر أنه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في إفادة أنها في مجالس ما في صحيح مسلم عن بريدة أن ماعزا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل إلى قومه هل تعلمون بعقله بأسا فقالوا ما نعلمه إلا وفي العقل من صالحينا فأتاه الثالثة فأرسل إليهم أيضا فسألهم فأخبروه أنه لا بأس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفر له حفرة فرجمه **وأخرج** أحمد وإسحق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع عن إسرائيل عن جابر بن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبي بكر رضي الله عنه قال أتى ماعز بن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثانية فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له إن اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سأل عنه فقالوا لا نعلم إلا خيرا فأمر به فرجم فصرح بتعداد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن إنما قلنا إنه إذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر **وروى** ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال جاء ماعز بن مالك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن الأبعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنى فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال له مثل ذلك فأمر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت وأخرجت قال نعم فأمر به أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر في تعداد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الأول عليها وأن قوله فتنحى تلقاء وجهه بعد ود مع قوله الأول إقرار واحد لأنه في مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك أربع مرات أي في أربع مجالس فإنه لا بنا في ذلك وقد دلتنا الأحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فأما كون الغامدية لم تقر إلا مرة واحدة فممنوع بل أقرت أربعا يدل عليه ما عند أبي داود والنسائي قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وإنما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص في إقرارها أربعا غاية ما في الباب أنه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على أنه روى البزار في مسنده عن زكريا بن سليم ثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن ابن أبي بكرة عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبي حتى تلدي الحديث غير أن فيه مجهولا لا يضير جهالته بما يشهد له من حديث أبي داود والنسائي وأما كون رد ماعز أربعا كان لاسترابته في عقله فإن سلم لا يتوقف علم ذلك على الأربع والثلاثة موضوعة في الشرع لإبلاء الأعذار كخيار الشرط جعل ثلاثا لأن عندها لا يعذر المغبون والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثة ليرجع نفسه في شبهته فلو لم تكن الأربعة عددا معتبرا في اعتبار إقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك قوله في حديث هزال إنك قد قلتها أربعا فممن وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائي والإمام أحمد عن يزيد بن نعيم بن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك في حجر أبي فأصاب جارية من الحي فقال له أبي ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام فحدثني يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح إسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان في الثقات وأبوه نعيم ذكر في الثقات أيضا وهو مختلف في صحبته وقد روي تربيعه صلى الله

عليه وسلم على الأربع جماعة بألفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها في لفظ لأبي داود عن ابن عباس إنك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفي لفظ لأبي داود عن ابن عباس لابن أبي شيبة أليس إنك قلتها أربع مرات وتقدم من مسند أحمد عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال له بحضرته عليه السلام إن اعترفت الرابعة رجمك لولا أن في إسناده جابر الجعفي وكونه روي في الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوي والا فلا شك أنه أقر أربعا وقوله في ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه أنه اعتبر الإقرار بالشهادة فكما أوجب سبحانه في الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد في غيره فكذا يعتبر في إقراره أن لا يكون كل إقرار منزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه وإذن فقوله في حديث العسيف فإن اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعهود في الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا لمن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبي هريرة في استفسار ماعز أنه رجمه بعد الخامسة لو تأويله أنه عد آحاد الإقرار فإن منها إقرارين في مجلس واحد كما قدمناه في الجمع فكانت خمسا فإن قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي أن يلقنه الرجوع ولكن في مجالس الإقرار الموجب ولو كان الإقرار الموجب هو الأول للقنه بعد لأنه يطلقه بخاله في إطلاقه ليذهب وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت أن الإقامة تخاطب بها الإمام بالنص إذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله والإفات المقصود من الإيجاب غير أنه إذا رجع قبل رجوعه كالإيجاب السبب فيفيد بعدم الرجوع قبل الإقامة وهذا لا يوجب جواز رده وإخراجه ليذهب فيرجع وقد لا يرجع بل يذهب إلى حال سبيله وهو مصر على الإقرار غير أنه يقول في نفسه إن الإقرار بهذا الحال لا يوجب شيئا على الإمام فيجلس في بيته مصرا على إقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم نعرف فيه تفاصيل هذه الأحكام للناس بعد **وأما** ما روي أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام أتريد أن تردني كما رددت ماعزا والله إني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لأحد بل لنا فإنه قال إما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت أتته بالصبي في خرقة قالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي إلى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها إلى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها فيقبل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فتنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع نبي الله صلى الله عليه وسلم سبه إياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها غاية الأمر أنه ردها وغياه إلى ولادتها ثم ردها إلى فطامها لا أتنا في الحال بأن ثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا بسبب ظاهر في خصوص هذا الرد ولعلها كلما رجعت إليه بصدد منها ما هو إقرار إذ لا بد أن يقع في مجلسها شيء مما هو بصدده هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد أن إقرارها كان أربعا غير أنه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد لو وقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الأقارير تعدد مجالس المقر دون القاضي لأنه الذي به يتحقق الإقرار وبه فارق الشهادة فإن الأربع فيها اعتبر في مجلس واحد حتى لو جاؤوا في مجالس حدوا لأنها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف إقرار المقر فإنه من واحد فأمكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجلس فاعتبر كذلك عند الإمكان تحقيقا للاحتياط **وأما** ما قيل إن اشتراط الأربع في الشهادة لأن الشاهد يتهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق وأصل التعدد دائما لزم حتى لزم الاثنان لإمكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة وزواله بالآخر وشرط في القضاء

لذلك ايضا بالنص قال تعالى فتذكر احديهما الاخرى عبر ان المراة انما تخالط المراة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها **قوله** لانه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة لا يعرف بهذا اللفظ واقرب الالفاظ اليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد واخرج فارجع اليه **قوله** فاذا بين ذلك اي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنى وهذا الخلاف سؤال عمن زنيت لانه قد يتبين من لا يحد بوطئها كما ذكرناه في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا اعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه اقر بالزنى ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره انه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها اذ الانسان لا يجهل زوجته وامته والحاصل انه اذا اقر اربع مرات انه زنى بامراة لا يعرفها حد وكذا اذا اقر انه زنى بفلانة وهي غايبة حد استحسانا والقياس ان لا يحد حتى يرسل الى المراة فيسال فان اعترفت فارجمها ولان اشتراط حضورها انما هو لاحتمال ان تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التاخير لهذا الاحتمال للاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال انه يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو اقر انه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا اعرفه لا يحد الرجل عند ابي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا اقرت انها زنت بفلان فانكر فلان تحد هي عندهما لا عنده **قوله** وقال الشافعي يقيم عليه الحد وهو قول ابن ابي ليلى والمسطور في كتبهم انه لو رجع قبل الحد او بعد ما اقيم عليه بعضه سقط وعن احمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره بقوله كما وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد الثبوت فيما لو فرض انه لو شهدوا عليه وهو ساكت فلما ساله الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة انكر ولا يخفى انه تكلف والحق ان الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل وصحته شرعا حكمه فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس ممتنعا في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو اقر بهما ثم رجع لا تقبل فكذا لا يقبل في الزنا ولنا ان الرجوع خبر يحتمل الصدق وليس احد يكذبه فتتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه ارجح من الاقرار السابق فانهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فيبعد امره في اخباره الاول بالكلية **قوله** ويستحب للامام ان يلقن المقر الرجوع لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمست روي في بعض احاديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلت وعند البخاري لعلك قبلت او غمزت او نظرت وقال في الاصل ينبغي ان يقول له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة والمقصود ان يلقنه ما يكون ذكره دارئا ليذكره كائنا ما كان كما قال ايضا عليه السلام للسارق الذي جيء به اليه اسرقت وما اخاله سرق

فصل في كيفية اقامة الحد

بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه الى ان يموت محصنا جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال احصن يحصن فهو محصن في الفاظ معدودة هي اسهب فهو مسهب اذا اطال وامعن في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال اكره ان اكون من المسهبين بفتح الهاء والفتح بالفاء واللجيم اقتقر فهو مفلج الفاعل والمفعول فيه سيان وبقال الكسر فيها ايضا اذا افلس وعليه دين **قوله** رجمه بالحجارة حتى يموت عليه اجمع الصحابة

ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان انكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعي وان انكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة علي وجود حاتم والاحاد في تفاصيل صوره وخصوصياته اما اصل الرجم فلا شك ولقد كوشف بهم عمر رضي الله عنه وكاشف بهم حيث قال خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك فريضة انزلها الله الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل او الاعتراف رواه البخاري **وروى** ابو داود انه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وانزل عليه الكتاب فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده واني خشيت ان يطول بالناس زمان فيقول قائل لا نجد الرجم الحديث وقال لولا ان يقال ان عمر زاد في الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف وفي الحديث المعروف اي المشهور المروي من حديث عثمان وعائشة وابي هريرة وابن مسعود في الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة **وروى** الترمذي عن عثمان انه اشرف عليهم يوم الدار وقال انشدكم بالله اتعلمون ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلث زنى بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوني الحديث قال الترمذي حديث حسن ورواه الشافعي في مسنده عن عثمن لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقي وابو داود والدارمي واخرجه البخاري عن فعله عليه الصلوة والسلام من قول ابي قلابة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم احدا قط الا في احدى ثلث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل او رجل زنى بعد احصان او رجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك في رجم عمر وعلي رضي الله عنهما ولا يخفى ان قول المخرج حسن وصحيح في هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع في خصوص ذلك السند وذلك لا ينافي الشهرة وقطعية الثبوت بالنظافر والقبول والحاصل ان انكار دليل قطعي بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالتواتر معنى او لفظا كسائر المسلمين الا ان انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى علماء المسلمين والرواة اوقعهم في جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس في كتاب الله الزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا ايضا فعله هو والمسلمون **قوله** يخرج الى ارض فضاء لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وابي داود فانطلقنا به الى بقيع الغرقد كان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان واما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى اخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على انه انما صار اليها هاربا لانه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للضيق **قوله** ويبدا الشاهد برجمه ثم الامام ثم الناس وهكذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا ففيه احتمال كونهم ضعفوا

عن القتل وان كان بحق كما نراه في الشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للاكل والاضحية بل ومن
حضور ذبحها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم
وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي رحمه الله ليس شرطا اعتبارا بالجلد يعني فانه اذا
ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود اجاب المصنف بالفرق بان الجلد
لا يحسنه كل احد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا
يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لالحاقه وأما اثبات المذهب فبقول
علي رضي الله عنه بناء على وجوب تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما لا يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع
لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتجاسر على الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك
فيندفع فيتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع
حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على ان الامتناع
من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى
تمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالآدمي فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع
بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا
لم نشرط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل
رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه
شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع
شبهة لان الثابت في الشهادة شبهة لا شبهة الشبهة وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوع فيه شبهة
كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر ان تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به
هناك ولا يحد بدلالة الرجوع اذ لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف
على ما ذكرنا واما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فاخرج ابن ابي شيبة قال ثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد
عن عبد الرحمن بن ابي ليلى ان عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنى امر الشهود ان يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم
الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم الناس قال وثنا ابو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن
ابن عبد الله بن مسعود عن علي رضي الله عنه قال ايها الناس ان الزنى زناآن زنا السر وزنا العلانية فزنا السر
ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمي ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية ان يظهر الحبل والاعتراف
فيكون الامام اول من يرمي قال وفي يده ثلاثة احجار فرماها بحجر فاصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس
وروى الامام احمد في مسنده عن الشعبي قال كان لشراحة زوج غائب بالشام وانها حبلت فجاء بها مولاها
فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وانا شاهد
ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه احد لكان اول من يرمي الشاهد
يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها اقرت فانا اول من رماها فرماها بحجر ثم رماها الناس ورواه البيهقي
عن الاجلح عن الشعبي عن علي وفيه انه قال لها لعله وقع عليك وانت نائمة قالت لا قال لعله استكرهك
قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما في بطنها اخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة
في الرحبة واحاط الناس بها الحديث وفيه ايضا انه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف

ثم صف واورد ان اثبات اشتراط البداءة بهذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد واصطلاح الايراد
انه تقييد للقطعي المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب فيه والجواب ان الحكم القطعي هنا هو مجموع وجوب الرجم
ودرءه بالشبهة فاذا دل ظني على ان البداءة شرط لزم ان عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطعي بوجوب
درء هذا الحكم القطعي بالشبهة وموت الشهود او احدهم مسقط وكذا اذا غابوا او غاب احدهم في ظاهر
الرواية احترازا عن رواية عن ابي يوسف ان بدايتهم مستحبة لا مستحقة فلو امتنعوا او ماتوا او غابوا يقيم
الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن اهلية الشهادة كما لو ارتد احدهم او عمي او خرس او فسق او قذف
فحد او قطعت يده لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء او بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء
في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة
ولو كان بعضهم مقطوع اليدين او مريضا لا يستطيع الرمي وحضروا يرمي القاضي ولو قطعت بعد الشهادة
امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وايضا عجزهم للضعف
ليس فوق عجزهم بالموت الا ان شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعي الايدي لم يستحق البداءة بهم واما
هنا فقد استحقت فاذا انعدم بالموت او الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين
على الرجم ولا شك ان المعنى المسقط يجمعهما ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد ان يعترف المشهود عليه بالزنا
قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه ابو يوسف لان سقوطه في الوجه
الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار ففات الشرط قبل العمل بها وقد علم ان الامضاء من القضاء في الحدود
فكان كالاول وخالفه محمد رحمه الله **قوله** وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس كذا روي عن علي رضي الله عنه
وهو ما ذكرناه آنفا **قوله** ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه ابو داود
عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن ابن ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية
فحفر لها الى الثندوة ثم ذكر اسناد آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة وقال ارموا واتقوا الوجه
فلما طفئت اخرجها وصلى عليها ورواه النسائي والطبراني والبزار وفيه مجهول وانت تعلم انه لو تم
امر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ما ذكرنا من كلام علي رضي الله عنه
واعلم ان مقتضى هذا انه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو امرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو
منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه السلام لم يحضر بل رجمه الناس عن امره عليه الصلاة والسلام
ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه قول علي انه يجب على الامام ان يامرهم بالابتداء اختبارا لثبوت دلالة
الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو في الاقرار ليكشف للناس انه لم يقصر في امر القضاء بان لم يتساهل
في بعض شروط الحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور ثبوت شبهة تقصيره
في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لزم عن عدمه العدم لا انه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه
عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذ لم يبدأ واعلم ان مقتضى ما ذكرنا انه
لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب ان يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد الماخذ
فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم ان يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا ان يكون ذا رحم محرم
منه فلا يقصده ويكتفي بغيره فيه **قوله** ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم في ماعز
اصنعوا به الى آخره روى ابن ابي شيبة عن ابي معاوية عن علقمة بن مرثد عن ابن بريدة عن ابيه بريدة قال لما رجم

ماعز قالوا يا رسول الله ما نصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة
عليه واما صلوته عليه الصلوة والسلام على الغامدية فاخرجه الستة الا البخاري من حديث عمران بن الحصين
ان امراة من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم وهي حبلى من الزنا فقالت يا نبي الله اصبت حدا فاقمه علي الحديث
بطوله الى ان قال ثم امر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر اتصلي عليها يا نبي الله وقد زنت فقال لقد تابت
توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة افضل من ان جادت بنفسها لله وفي صحيح
البخاري من حديث جابر في امر ماعز قال ثم امر به فرجم وقال له النبي صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال
ابن القطان قيل للبخاري قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذي وقال حسن صحيح ورواه غير واحد
منهم ابو داود وصححوه واما ما رواه ابو داود من حديث ابي برزة الاسلمي انه عليه الصلاة والسلام لم
يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه ففيه مجاهيل فان فيه عن ابي بشر حدثني نفر من اهل البصرة عن ابي
برزة نعم حديث جابر في الصحيحين في ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح في صلوته عليه السلام
عليه لكن المثبت اولى من النافي لكن على اصول الحنفية وهو ان النفي اذا كان من جنس ما يعرف بدليله يساوي الاثبات
ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفي وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك ان الصحابي اذا شهد
الصلاة بتمامها يعلم عدم صلوته عليه عليه السلام او صلوته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب
مالك الى انه يصلي عليه غير الامام والحاصل ان الصلوة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى
عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة
تشريفه بقيام اثر الشهادة يوم القيامة واما انه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففي خبر التعارض
والغامدية من بني غامد حي من الازد قاله المبرد في الكامل وفي كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة
وقد سمعت في حديث عمران بن الحصين ان امراة من جهينة **قوله** وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة
لقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها
هي الاصل اذ الداعية فيها اكثر ولولا تمكينها لم يزن وهذا عام في المحصن وغيره نسخ في حق المحصن قطعا ويكفينا
في تعيين الناسخ القطع برجم النبي صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو اولى من ادعاء
كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوتها قرآنا
ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رضي الله عنه وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتي حجة مختلف فيه
وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق في ذلك
الى عمر ظني ولهذا والله اعلم قال علي رضي الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه للقرآن المنسوخ
التلاوة وعرف من قوله ذلك انه قائل بعدم نسخ عموم الاية فيكون رايه ان الرجم حكم زائد في حق المحصن
ثبت بالسنة وهو قول قبله ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم
بالحجارة وفي رواية ابي داود ورمي بالحجارة وسياتي الكلام عليه **قوله** بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا
قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمر الشجر وفي الصحاح وغيره عقد اطرافه ورجح
المطرزي ارادة الاول لهنا لما ذكره الطحاوي ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان اربعين جلدة وكانت الضربة
ضربتين وفي الايضاح ما يوافقه قال ينبغي ان لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة

ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقد عليه وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا
لما اراد ان يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه اصلا بل احد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان
يابسا وهو الظاهر روى ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن انس بن مالك قال كان يؤمر
بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر
ابن الخطاب والحاصل ان المراد ان لا يضرب وفي طرفه يبس لانه حينئذ يجرح او يبرح فكيف اذا كان فيه
عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن كثير ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله
اني اصبت حدا فاقمه علي فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فاتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط
دون هذا فاتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتي بسوط بين سوطين فقال هذا فامر به فجلد
ورواه ابن ابي شيبة عن زيد بن اسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل فذكره وذكره مالك في الموطا
والحاصل ان يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي به يصير ذنبين تعميما للمشترك في النفي
لانه غير العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ما هو يابس الطرف على ما ذكرنا كان اولى
فانه لا يضرب بمثله حتى يدق راسه فيصير متوسطا **قوله** بين الموجع وغير المولم فيكون مولما غير موجع
قلنا انه اراد بالموجع المبرح والا لم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف
الخلقة يخاف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله **قوله** ينزع عنه ثيابه الا الازار لستر عورته
وبه قال مالك وقال الشافعي واحمد يترك عليه قميص او قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضي التجريد وقول
المصنف لان عليا كان يامر بالتجريد في الحدود وزاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يامر بالتجريد
فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روي عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه اتي برجل في
حد فضربه وعليه كساء قسطلاني قاعدا واسند الى المغيرة بن شعبة في المحدود اينزع عنه ثيابه قال
لا الا ان يكون فروا او محشوا واسند عن ابن مسعود لا يحل في هذه الامة تجريد ولا مد **قوله** ويفرق
الضرب على اعضائه لان جمعه في عضو قد يفسده واستثنى الراس والوجه والفرج وذكر عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال للذي امره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا
على علي رضي الله عنه انه اتي برجل سكران او في حد فقال اضرب واعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير
رواه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب
انه قال وقد اتي برجل اضرب واعط كل عضو حقه قال وروينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله
عنهم انتهى ولا شك ان معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث ابي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام
قال اذا ضرب احدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك ان هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان في
حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه وهو في مقابلته حالة الحملة لا يكف
عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يضرب صبرا في حد قتلا او غير قتل وفي الفتح
ما تقدم من رواية ابي داود من حديث ابي هريرة انه عليه السلام رجم امراة فحفر لها الى الثندوة ثم
قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك ان قول عمر وعلي رضي الله عنهما اعط كل عضو حقه كما ذكره
ابن المنذر هكذا مقتصرا عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير ولما كان ذلك
المخصوص معلوما لم يحتج الى ذكره على انه ذكر في رواية غيره عن علي كما حكيناه انفا وبما سمعت تعلم ان ما اورد

المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الاخر وهو ضرب الراس ملحق بالمعنى الذي ذكره وهو انه مجمع الحواس
الباطنة فربما تفسد وهو اهلاك معنى وهذا من المصنف ظاهر في القول بان العقل في الراس الا ان يوول
وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدل الشارحين
عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن امية البينة والا حد في ظهرك غير ثابت في كتبهم الذي فيها كقولنا وانما
تلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه واجيب بان المراد بالظهر نفسه اي حد عليك بدليل ما ثبت
عن كبار الصحابة من عمر وعلي وابن مسعود وما استنبطناه من قوله عليه الصلاة والسلام اذا ضرب احدكم
فليتق الوجه وانه في محل الحد فما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رحمه الله
في التعزير بضرب الوجه وفي الحدود الاعضاء والمذاكر جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل
حيث قال ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كانوا
ثابت مفارقه وانما له مفرق واحد **قوله** وقال ابو يوسف يضرب الراس ضربة واحدة رجع اليه بعد ان
كان ولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث ابي بكر الذي ذكره ورواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن المسعودي
عن القاسم ان ابا بكر رضي الله عنه اتي برجل انتفى من ابيه فقال اضرب الراس فان فيه شيطانا والمسعودي
مضعف ولكن روى الدارمي في سنده عن سليمن بن يسار ان رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل
يسال عن متشابه القران فارسل اليه عمر واعد له عراجين النخل فقال له من انت قال انا عبد الله صبيغ
فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على راسه وقال انا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي راسه
فقال يا امير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت اجد في راسي وهذا بنا في جواب المصنف بان ذلك كان في
مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة ابي بكر كانت فيه فان ضرب عمر الراس كان لرجل مسلم وكذا ضرب ابي بكر للذي
انتفى من ابيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن ابي يوسف ايضا الصدر والبطن وفيه نظر بل
الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل العصي
كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي ان لا يضرب البطن **قوله** ويضرب في الحدود كلها وكذا التعزير
قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه الى اخره روى عبد الرزاق في مصنفه اخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم
عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمراة قاعدة في الحد ولان مبنى الحد على التشهير
زجر للعامة عن مثله والقيام ابلغ فيه والمراة مبنى امرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة وقوله
غير ممدود قيل المد ان يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق
راسه وقيل ان يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد وفيه زيادة الم وقد يفضي الى الجرح فكل
ذلك لا يفعل فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لانه في النفي فجاز تعميمه وان امتنع الرجل ولم يقف وتصبر
لا باس بربطه على اسطوانة او يمسك **قوله** وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما
على المحصنات من العذاب نزلت في الاماء وهو ايضا مما يعرف من اول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى تنقيح المناط
فيرجع به الى دلالة النص بناء على انه لا يشترط في الدلالة اولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل التساوي
تكفي فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهي تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان
الكلام كان في تزويج الاماء اعني قوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم حكمهن
اذا زنين ولان الداعية فيهن اقوى وهو حكمة تقدم الزانية على الزاني في الاية وهذا الشرط اعني الاحصان
لا مفهوم له فان على الارقا نصف ما به احصنوا ام لم يحصنوا واسند ابو بكر الرازي الى ابي هريرة وزيد بن
خالد الجهني ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها
ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقايلون بمفهوم
المخالفة يجوزون ان لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وابو داود والنسائي عن علي قال قال
النبي صلى الله عليه وسلم اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم من احصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس
وطاوس ان لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا انه غير صحيح وقرا فاذا احصن بالبنا
للفاعل وتاول على معنى اسلمن وحين الزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا احصن لزم ان لا رجم على الرقيق
لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توفر النعم افحش
فتكون ادعى الى التغليظ الا ترى الى قوله سبحانه يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها
العذاب ضعفين **قوله** والرجل والمراة في ذلك سواء لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم
او لا فعلى كل الجلد او احدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الاخر الجلد وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي
بالبينة او الاقرار يكون على ما شرط **وقوله** غير ان المراة الى اخره استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المراة
ثيابها الا الحشو والفرو ولان تجريدها كشف العورة لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجه ظاهر وتضرب
المراة جالسة لما روينا يعني من كلام علي رضي الله عنه ولانه استر **قوله** وان حفر لها في الرجم جاز لهذا
ولذلك حفر عليه السلام للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحها
مع الواو مفتوحة ثدي الرجل او لحم الثديين والدال مضمومة في الوجهين وما قيل الثدي للمراة
والثندوة للرجل غير صحيح لحديث الذي وضع سيفه بين ثدييه وكذا حفر علي رضي الله عنه لشراحة الهمدانية
بسكون الميم وهي قبيلة كانت عيبة علي رضي الله عنه وقد مدحهم وقال في مدحه لهم

فلو كنت بوابا على باب جنة ∴ لقلت لهمدان ادخلوا بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية احمد عن الشعبي انه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف ان ترك
الحفر لم يضره لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك يعني لم يوجبه بناء على ان حقيقة الامر الايجاب
وقال انه عليه السلام حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا انه امر بذلك فيكون مجاز الامر والا كان
مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد اما معه في سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله
الموفق **قوله** ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز تقدم من رواية مسلم وتقدم من
روايته ايضا من حديث ابي بريدة الاسلمي انه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة
والروايات الكثيرة المتظافرة وتقدم ان الظاهر انه غلط لما تقدم **قوله** ولان مبنى الحد على التشهير
في الرجال لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبني على التشهير غير انه يزاد في تشهيره في حق الرجل لانه
لا يضره ذلك ويكتفى في المراة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس وخصوصا في الرجم
واما في الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طايفة من المؤمنين اي الزانية والزاني فاستحب ان يامر
الامام طايفة اي جماعة ان يحضروا اقامة الحد وقد اختلف في هذه الطايفة فعن ابن عباس واحد وبه
قال احمد وقال عطا واسحق اثنان وقال الزهري ثلثة وقال الحسن البصري عشرة وعن الشافعي ومالك اربعة
واما **قوله** والربط والامساك غير مشروع لما تقدم من قول ابن مسعود ليس في هذه الامة تجريد ولا مد

ولان ما عزا انتصب لهم كانما لم يمسك ولم يربط الا ان لا يصبر واعيا بهم فحينئذ يمسك ويربط فاذا هرب في
الرجم فان كان مقرا لا يتبع ويترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهر اورجوعه
يعمل في اقراره لا في رجوع الشهود وذكر الطحاوي صفة الرجم ان يصفوا ثلاثة صفوف الصلاة كلما رجمه
صف تنحوا ولم يذكره في الاصل بل في حديث علي رضي الله عنه في قصة شراحة على ما قدمناه من رواية
البيهقي عن الاجلح عن الشعبي وفيه احاط الناس بها واخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم
بعضا صفوا كصفوف الصلاة صفا خلف صف الى ان قال ثم رجمها ثم امرهم فرجم صف ثم صف ولا يقام
حد في مسجد باجماع الفقهاء ولا التعزير الا ما روي عن مالك انه لا باس بالتاديب في المسجد خمسة اسواط قال
ابو يوسف اقام ابن ابي ليلى الحد في المسجد فخطاه ابو حنيفة وفي الحديث انه عليه السلام قال جنبوا مساجدكم
صبيانكم ومجانينكم ورفع اصواتكم وشراكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها في جمعكم وضعوا على
ابوابها المطاهر ولانه لا يومن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد **قوله** ولا يقيم المولى
الحد على عبده الا باذن الامام وقال الشافعي ومالك واحمد يقيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة
المزوجة واستثنى الشافعي من المولى ان يكون ذميا او مكاتبا او امراة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو
كان قتلا بسبب الردة او قطع الطريق او قطعا للسرقة فيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص
نعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح ان القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث ابي هريرة
قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان
زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا ادري بعد الثالثة
او الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم
ولانه يملك تعزيره صيانة لملكه عن الفساد فكذا الحد ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه
ما لا يملكه الامام من التصرف فملكه للاقامة عليه اولى من الامام. **ولنا** ما روي الاصحاب في كتبهم
عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات
والفيء ولان الحد خالص حق الله فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة
هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على انه استناب
في حقه المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالاحاديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا
نعلم انه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو امر به غيره كان ممتثلا لجواز كون المراد ذكره للامام ليامر
باقامته لكنه لم يثبت المعارض المذكور لا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من قول القائل
اقام فلان الحد على فلان او جلد فلان فلانا والمتبادر انه باشره او امر به على معنى المتبادر واحد داير
فيهما لا في ثالثة بما هذا مع رفعه الى الحاكم ليحده نعم من استقر اعتقاده على ان اقامة الحد والي
الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا
مسلما قد تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان قيد باحصان الرجم لان احصان
القذف غير هذا كما سياتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى ليحصنكم من باسكم واطلق في استعمال
الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه ان تنكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة
في النكاح وبمعنى العفة يقال احصنت اي عفت واحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان

شرايط الاحصان سبعة وعد ما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك
اشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لا شرط الاحصان
على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب ولا يكون الا بالدخول انتهى
واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للاخر في
شرايط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم
البالغ العاقل امة او صبية او مجنونة او كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو
زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد او مجنون او
صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم ولو زنت. **ولو** تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها
فقبل ان يدخل بها بعد الاسلام اي يطاها زنى لا يرجم وكذا لو اعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ
العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطاها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل
بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا اسلما
لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني يكون الصحة قائمة مع
حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع
الطلاق قبله. **واعلم** ان الاضافة في قولنا شرايط الاحصان ينبغي ان يكون بيانية اي الشرايط التي هي الاحصان
وكذا الشرط والحاصل ان الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الامور المذكورة فهي اجزاؤه او هو هيئة
يكون باجتماعها فهي اجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط
المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا او قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كان الحد لا
يثبت قياسا فكذا شرطه لانا نقول بل يجب ان تثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما العدم العقل
او لانه لا يثبت بما ازدادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء ولا احتياج بنفي الشان في تحقيقه
وقد اثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله وهذه الاشياء من جلايل النعم فان
من النعم كون كل من الزوجين مكافيا للاخر في صفاته الشرعية ثم قال وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها
فيناط به اي باستجماعها واذا انيط بكلها يلزم ان ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الاخر فيلزم
اشتراطه لظهور اثر وجود الشبهة في درء الحد وعدم تماثلهما شبهة في قصور الصارف فيندرئ به
وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلايل النعم الصارفة عن الزنا لكمال اندفاع حاجة الوطء عندها فكونه
بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي محل نفرة الطباع وكذا تنفر
المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين
واذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها افحش فناسب كون العقوبة اغلظ فشرعت
كذلك وهي الرجم عند استجماعها فنيط به اي بالاستجماع لها بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما
ونصب الشرع بالراي ممتنع ووجه عدم اعتبارها في تكميل العقوبة انها لا مدخل لها في تكميل الصارف وان كان
من جلايل النعم وذاك هو المعتبر واورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة
المسلم اجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطاها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وابايه وما لم يفرق
بينهما بابايه هما زوجان **قوله** والشافعي رحمه الله تعالى لنا في اشتراط الاسلام اي في الاحصان

وكذا ابو يوسف في رواية وبه قال احمد وقول مالك كقولنا فلو زني الذمي الثيب الحر جلد عندنا ويرجم
عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر ان اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا
له ان امراة منهم ورجلا زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التورية في شان الرجم
فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتورية فنشروها فوضع
احدهم يده على اية الرجم فقرا ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها اية
الرجم فقالوا صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذى وضع يده على اية الرجم
عبد الله بن صوريا. واجاب المصنف بانه انما رجمهما بحكم التورية فانه سالهم عن ذلك اولا وان ذلك
انما كان عندما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت اية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام
في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراط الاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله عليه الصلاة
والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق بن راهوية في مسنده اخبرنا عبد العزيز بن محمد ثنا
عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اشرك بالله فليس بمحصن قال اسحق رفعه مرة
فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم
يرفعه غير اسحق بن راهوية ويقال انه رجع عن ذلك والصواب انه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق
كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه ومرة اخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولا
شك ان مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من انه للاحصان
اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا اخرج من طرق فيها ضعف لا يضر واما قوله عليه
الصلاة والسلام لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله اعلم
به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي بكر بن ابي مريم عن علي بن ابي طلحة عن كعب بن مالك
انه اراد ان يتزوج يهودية فقال له عليه الصلاة والسلام لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن
ابي مريم وعلي بن ابي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن ابي طلحة عن كعب
وهو منقطع وانت تعلم ان الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا
الكلام فيه اول هذا الشرح والله اعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل
المصنف بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما معا في غرض واحد وهو الاحتجاج
على ابي يوسف ومن معه بل كان الوجه جمعهما ثم يقول هنا لما ذكرنا واعلم انه لا يسهل ما ادعى انه قال حين
رجمهما بان كان الرجم ثبتت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله عليه الصلوة والسلام ما تجدون
في التورية في شان الرجم فالظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم
وانما حكم بما انزل الله اليه وانما سالهم عن الرجم في التورية ليبكتهم بتركهم ما انزل الله عليهم فحكم برجمهما
بشرعه الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد
ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم
اشتراطه او تاخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول يقدم
على الفعل وفيه وجه اخر وهو ان تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقدم ذلك الفعل يوجب الاحتياط
في ايجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ولا يخفى ان كل مرجح هو محكوم بتاخره

اجماعا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين **قوله** والمعتبر في الدخول المحقق للاحصان ايلاج في القبل
على وجه يوجب الغسل وهو تغييب الحشفة فقط انزل او لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الى
اخره تقدم بيانه **قوله** ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم وهو قول مالك والشافعي ورواية عن احمد
ويجمع في رواية اخرى عنه واهل الظاهر الى انه يجمع للجمهور انه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا
على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف تظافرت الطرق عنه عليه الصلوة والسلام
انه بعد سواله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال
اغد يا انيس الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت
فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر
برجمها وتكرر ولم يرد احد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله
لهن سبيلا البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام والثيب بالثيب جلد ماية ورجم او رمي بالحجارة يجب قطعا
كونه منسوخا قال ولان الجلد يعرى عن المقصود وهو الانزجار او قصد الانزجار ولان القتل اذا كان
لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي لها شرع الحد والنسخ قد تحقق في حد الزنى فانه كان اولا الاذى
باللسان على ما امر به تعالى من قوله واللذان ياتيانها منكم فاذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى واللاتي
ياتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت او يجعل الله لهن سبيلا فانه
كان قبل سورة النور لقوله عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى
ان ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فيلزم نسخه وان لم يعلم خصوص
الناسخ واما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فاما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها فقبل
تمامه او هو راي لا يقاوم اجماع الصحابة ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله**
ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما وكذا احمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في
العبد اقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب اصلا واما تغريب المراة فمع محرم واجرته عليها في قول وفي بيت
المال في قول ولو امتنع فهل يجبره الامام في قول لا ولو كانت الطريق امنة ففي تغريبها بلا محرم قولان
لقوله عليه السلام خذوا عني الحديث **قوله** لقوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد ماية وتغريب
عام اخرجه مسلم وابو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه عليه السلام خذوا عني الحديث
وتقدم ولان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل لامراة من العرب
ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد السارة من ساوده اذا ساره
ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا واشارعا في بيان حكم الزنا ما كان هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا
اذ يفهم انه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان ابعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب
وذاك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء الشرط فيفيد ان الواقع هذا فقط فلو ثبت معه شئ اخر كان
مثبته معارضا لا مثبتا لما سكت عنه الكتاب وهو الزيادة الممنوعة لا ما يفيده كلام بعضهم من ان الزيادة
بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القران وذلك لا يمتنع والا بطلت اكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا
مجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفي عنها زوجها الاحداد على المامور به في القران وهو التربص وهذا
يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك انه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القران ولم ينفه لا يقول هذا

ثم قيل فضلا عن ثم لم يكن تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق والمقيد
ينافي المعنى فافاد أن الاطلاق مراد والتقييد ينفي حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا
نسخ وخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض أن الاحداد زيادة غلط لأنه ليس تقييدا للتربص والأول تربص
ولم تحد في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة
فانما أثبت الحديث واجبا لا أنه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه أنه ان هذا الخبر مشهور تلقته الامة
بالقبول فيجوز الزيادة به اتفاقا • والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ
هذا الخبر مسانا تناله بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وأنت
تعلم أن هذا ليس بلازم بل يجوز أن تروى جمل بعضها نسخ وبعضها لا • ولو سلك الطريق الأول وادعى أنه
آحاد لا مشهور وتلقي الأمة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم
على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم يخرج بذلك عن كونها آحادا أو قد خطئ من ظنه
يسير قطعيا فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه
احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فأحرى أن لا ينسخ به
ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه تعارضه فيه لا أن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس
فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام وهو عطف واجب على واجب لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام وإقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس من الحد لعطفه عليه وكونه استعمل
الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الألفاظ لا يفيده فجاز كونه
تعزيرا لمصلحة • وأما مالك رحمه الله تعالى فرأى أن الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم يدخل الا
ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الأحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وأيضا
فان نفس الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على أن النفي
والجلد سبيلهن والبكر يقال على الأنثى ألا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي رحمه الله
من المعنى بأن في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن العشيرة وعمن تستحي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله
وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم بأودها ولا شك أن هذا المعنى يفضي به الى الفساد أرجح
مما ذكره من افضاء قلة المعارف الى عدم الفساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء
والرجال فيترجح عليه ويؤيده ما روى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار أنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي
سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله بن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال
علي بن أبي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينفيا وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان
عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة • وروى عبد الرزاق أنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رضي الله عنه
ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على
ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة
من أبي بكر وعمر وعثمان ففي الترمذي ثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا ثنا عبد الله بن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن
ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب لا أنه قال الحديث غريب هكذا رواه

غير واحد عن عبد الله بن ادريس عن عبيد الله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن ادريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر
ضرب وغرب الحديث وهكذا روي من غير رواية ابن ادريس عن عبيد الله بن عمر من رواية محمد بن اسحق عن
نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى قال الدارقطني بعد أن ذكر رواية
ابن نمير وأبي سعيد الأشج عن ابن ادريس عن عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه
أن النبي صلى الله عليه وسلم هو الصواب لكن رواه النسائي ثنا محمد بن العلاء ثنا عبد الله بن ادريس به مرفوعا
ورواه الحاكم في المستدرك • وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي
وقال رجاله ليس فيهم من يسأل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون
عند ابن ادريس فيه عن عبيد الله جميع ما ذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا بين
الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه • وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطأ وأما روايته عن عثمان
ففي مصنف ابن أبي شيبة ثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها
الى مولى له يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عمن ذكرنا لتغريب عمر رضي الله عنه
نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجماله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة • هل سبيل الى خمر فأشربها
أم هل سبيل الى نصر بن حجاج • الى فتى ماجد الأعراق مقتبل • سهل المحيا كريم غير ملجاج • وذلك لا يوجب
نفيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم وعنا بهم وحشرنا معهم يغربون المريد اذا
بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي
أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لأن مثله في نعم وشدة وانما زل زلة لغلبة النفس أما من لم يستح
وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه **قوله** واذا
زنى المريض وحده الرجم بأن كان محصنا حد لأن المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب اليه وان كان حده
الجلد لا يحد حتى يبرأ لأن جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض
لا يرجى زواله كالسل أو كان خداجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ
فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه ولذا قيل لا بد
حينئذ أن تكون مبسوطة ولخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى
اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لأنه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب
الحد مبرحا صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تأخيره للبرد والحر بخلاف القطع
على ما ذكر المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين **قوله** واذا زنت الحامل
لم تحد حتى تضع حملها ولو جلدا كيلا يؤدي الى هلاك الولد لأنه نفس محترمة لأنه مسلم لا جريمة منه فلو
ولدت أو كانت نفساء فحتى تتعالى من نفاسها في الجلد ولو طالت في التأخر وتقول لم أضع بعد أو شهد عليها
امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى تريها النساء ولا يقبل قولها فان قلن هي حامل أجلها حولين فان لم تلد رجمها
ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة الى أن تلد وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لأن لها الرجوع
متى شاءت وعن أبي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية
أنه ردها حتى تستغني فرجعت ثم جاءت وفي يده كسرة وقال قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي
ما في بطنك قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت

الغامدية قال اذن لا نرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي
رضاعة قال فرجمها وهذا يقتضي انه رجمها وهذا يقتضي انه رجمها حين وضعت خلافا الاول والطريقان
في مسلم وهذا اصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل ان يكونا امراتين ووقع
في الحديثين الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن الحصين جاءت امراة من جهينة وفيه رجمها بعد ان وضعت

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود وكان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا
ففعل المصنف ذلك ثم اراد تقديم حد الزنى فقدمه واعطى احكامه لانها هي المقصود وذلك بثبوت
سببه وحاصل احكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب
الذي هو الزنى بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود اولا فاخر المصنف
تعريفه الى ان فرغ من المقاصد الاصلية وذكر ان الزاني في عرف اللغة والشرع يعني لم يرد عليه في
الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطء الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان
في اللغة معنى الملك امر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه امرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول
بالضرورة والناس لم يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك امرا مشروعا من بعث آدم الى قبيل
بعثه بوحي يخصه الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية
او غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه
ولا شك في انه تعريف للزنى في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل هو اعم
والموجب للحد منه بعض انواعه ولذا قال عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ
رجل جارية ابنه لا يحد للزنى ولا يحد قاذفه بالزنى فدل على ان فعله زنى وان كان لا يحد به فلولا قول
المصنف الموجب للحد وهو في عرف الشرع الى اخره لصح تعريفه ولم يرد عليه شيء لكنه لما قال ذلك كان
ظاهرا في قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التي لا تشتهى ووطء
المجنون والمكره بخلاف الصبي فان الجنس وطء الرجل فالاولى في تعريفه انه وطء مكلف طائع مشتهاة
حالا او ماضيا في القبل بلا شبهة ملك في دار الاسلام فخرج زنى الصبي والمجنون والمكره وبالصبية
التي لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنى المراة بانه زنا ولا يصدق عليه
جنس التعريف وما اجيب به من ان زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه
ان لها زنا حقيقة وان ذلك التمكين هو مسمى زناها لغة وتسمى هي زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك
في انه لا يشمله الجنس الذي هو وطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المراة فيفسد الحد حاله وكون فعلها
تبعا لفعله انما هو في الوجود الخارجي والكلام في تناول اللفظ وان اريد انها لا تسمى زانية حقيقة اصلا
وان تسميتها في قوله تعالى الزانية والزاني بطريق المجاز ولا حاجة الى انه تبع بل لا يجوز ادخاله في التعريف
وعلى هذا كلام الرخسي والمصنف وغيرهما في مسئلة ما اذا امكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا او صبيا
على قول ابي حنيفة لا تحد واحدهما على ما سياتي وبما ذكرنا يظهر فساد ما اجاب بعضهم بان فعل الوطء امر
مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هي واطئة ولذا سماها سبحانه
زانية واعجب من هذا الجواب انه قال في الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطئه ليس بصدق

على تمكينها بهو فاذا جعل الجنس وطء الرجل كيف ينتظم اللفظ تمكين المراة وكون الفعل الجزئي الخارجي اذا وجد
من الرجل في الخارج يستدعي فعلا اخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضي ان اللفظ الخاص بفعله
يشمله والله الموفق فالحق انها ان كانت زانية حقيقة واريد شمول التعريف لزناهما فلا بد من زيادة
قوله او تمكينها بل يجب ان يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته
قبل مشتهاة حالا او ماضيا بلا ملك وشبهته او تمكينه من ذلك او تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا
فقعدت على ذكره فتركها حتى ادخلته فانهما يحدان في هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين
وقوله لانه فعل الى اخره تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته في الزنى اي انما شرط ذلك لان الزنا محظور
فلا بد في تحققه من ذلك وقوله يؤيده الحديث اي يؤيد الامرين معا وذلك لانه لما افاد عدم الحد
المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة افاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما في الجارية المشتركة
بطريق اولى فهو يؤيد لانه ثم الحديث المذكور لم يحفظ مرفوعا وذكر انه في الخلافيات للبيهقي عن علي رضي الله عنه
وهو في مسند ابي حنيفة رضي الله عنه عن مقسم عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ادرؤا الحدود بالشبهات واسند ابن ابي شيبة عن ابراهيم هو النخعي قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه
لان اعطل الحدود بالشبهات احب الي من ان اقيمها واخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة
ابن عامر رضي الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادراه ونقل ابن حزم عن اصحابهم الظاهرية ان الحد
بعد ثبوته لا يحل ان يدرا بشبهة وشنع بان الاثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم شيء بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها واعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق
عنه بالارسال وهو غير رواية ابن ابي شيبة فانها معلولة باسحق بن ابي فروة واما التمسك بما في البخاري
من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجترا على ما يشك فيه من الاثم اوشك ان يواقع ما استبان والمعاصي
حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه فانما معناه ان من جهل حرمة شيء وحله فالورع ان
يمسك عنه ومن جهل وجوب امر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل اوجب الحد ام لا وجب ان يقيمه ونحن نقول
ان الارسال لا يقدح وان الموقوف في هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف
مقتضى العقل بل مقتضاه ان بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابي حمل على الرفع وايضا
في اجماع فقهاء الامصار على ان الحدود تدرء بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث
متفق عليه وايضا تلقته الامة بالقبول وفي تتبع المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع
في المسئلة فقد علمنا انه عليه الصلوة والسلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل
ذلك يلقنه ان يقول نعم بعد اقراره بالزنى وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها تركه والا فلا فائدة
ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذي جيء
به اليه اسرقت ما اخاله سرق وللغامدية نحو ذلك وكذا قال علي رضي الله عنه لشراحة على ما اسلفناه
لعله وقع عليك وانت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه وانت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد
يوجب طولا فالحاصل من هذا كله كون الحد يحتال في درئه بلا شك ومعلوم ان هذه الاستفسارات
المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا
هو الحاصل من هذه الاثار ومن قوله ادرءوا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة

الشرع وان الشك فيه شك في ضروري فلا يلتفت الى قوله ولا يعول عليه وانما يقع الاختلاف احيانا
في بعض اهي شبهة صالحة للدرء او لا بين الفقها اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس
بثابت وللفقها في تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية الشبهة ثلاثة اقسام في المحل والفاعل
والجهة اما الشبهة في المحل فوطي زوجته الحايض والصايمة والمحرمة وامته قبل الاستبرا وجارية
ولده ولا حد فيه ولو وطي امته المحرمة عليه برضاع او نسب او صهرية كاخته او بنته منهما او امه من الرضاع
وموطوة ابيه او ابنه يجب الحد على الاظهر واما الشبهة في الفاعل فمثل ان يجد امراة على فراشه فيطاها
ظانا انها امراته فلا حد واذا ادعى انه ظن ذلك صدق بيمينه. واما الشبهة في الجهة قال الاصحاب كل
جهة صححها بعض العلما واباح الوطي بها لا حد فيها وان كان الواطي يعتقد التحريم كالوطي في النكاح بلا ولي
وبلا شهود واصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة في الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة اي
في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك اي الثابت
شبهة حكم الشرع بحل المحل **قوله** فالاول يتحقق في حق من اشتبه عليه اي من اشتبه عليه الحل والحرمة
ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل لظنه انه استخدام واستخدام
حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة اصلا لفرض ان لا دليل اصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه
الحل ثابتا لم تكن شبهة اصلا والثانية وهي الشبهة الحكمية تتحقق لقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته
لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك سوا ظن الحل او علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل
قايمة في نفس الامر علمها احد او لم يعلمها **قوله** والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث يعني قوله
ادروا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت في الثاني اي في محل شبهة المحل اذا ادعى الولد ولا يثبت
في الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنى لفرض ان لا شبهة ملك الا ان الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو
امر راجع اليه اي الى الواطي لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطي ولذا لا تثبت
به عدة لانه لا عدة من الزنا قيل هذا غير مجري على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطي
في شبهة العقد فيكفي ذلك لاثبات النسب وفي الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغي ان يكون كالمطلقة
ثلثا قال الشارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب البنوة عن ثلاث او خلع ليس باعتبار وطي في العدة بل باعتبار العلوق
سابق على الاطلاق ولذا ذكروا ان نسب ولدها يثبت الى اقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعني لانه اذا كان
لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامها وانت علمت في باب ثبوت النسب
انها اذا جاءت به لتمام سنتين يعني لانه اذا كان لاقل من سنتين امكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف
ما اذا كان لتمامها وانت علمت في باب ثبوت النسب انها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا
لم يدعه اما اذا ادعاه فانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطي في العدة بشبهة والكلام هنا مطلق
في عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل احد النصين على ما هو الاولى في النظر وذلك
بما ذكرنا من شبهة العقد بخلاف ما في محال شبهة الاشتباه كجارية ابيه وامه ونحوهما فانه لا شبهة
عقد فيها فلا يثبت النسب بالدعوة فشبهة الفعل في ثمانية مواضع ان يطا جارية ابيه او امه وكذا جده
وجدته وان علبا او زوجته او المطلقة ثلثا في العدة او باينا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة
بلا مال فانها من الحكمية او ام ولده التي اعتقها وهي في عدته والعبد يطا جارية مولاه والمرتهن يطا المرهونة

في رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير المرهون في هذا بمنزلة المرتهن ففي هذه المواضع لا حد
اذا قال ظننت انها تحل لي ولو قال علمت انها حرام علي وجب الحد ولو ادعى احدهما الظن والاخر لم يدع
لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت في الفعل من احد الجانبين تعدت الى الاخر
ضرورة والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا باينا بالكنايات والجارية المبيعة
اذا وطيها البايع قبل تسليمها الى المشتري والمجعولة مهرا اذا وطيها قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك
فيهما لم يستقر للزوجة والمشتري والملك ثابت والملك كان مسلطا على وطيها بملك اليد مع الملك وملك
اليد ثابت والملك الزايل متزلزل والمشتركة بين الواطي وغيره والمرهونة اذا وطيها المرتهن في رواية
كتاب الرهن وعلمت انها ليست بالمختارة ففي هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام لان المانع
هو الشبهة وهي هنا قايمة في نفس الحكم اي الحرمة القايمة بها فيها شبهة انها ليست ثابتة نظرا الى دليل
الحل على ما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيه ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها
وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت انها تحل لي ذكر في كتاب الرهن ان لا حد وفي كتاب الحدود يحد
فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطي حاصلا في محل الاستيفاء فلا شبهة فعل
وصار كالغريم اذا وطي جارية الميت ووجه عامة الروايات انه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير
مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها والخيار للبايع ووجه رواية كتاب الحدود
ان عقد الرهن لا يفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة للخدمة ومقتضاه ان يجب الحد وان اشتبه الا
ان في ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن سببا خلافا لاجارة فان الثابت بها
ملك المنفعة ولا يمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية
بخلاف المرهونة لا يفيد الملك مع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان زكا لك المتعة
هذا وقد دخل في سبب الملك صور مثل وطي جارية عبده الماذون المديون ومكاتبه ووطي البايع الجارية
المبيعة بعد القبض في البايع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي ان يراد جاريته التي هي اخته من الرضاع
وجاريته قبل الاستبراء والاستقرا يفيدك غير ذلك ايضا كالزوجة التي حرمت بردتها او مطاوعتها
لابنه او جماعة امهاتها جامعها وهو يعلم انه عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الايمة لم يحرم
به فاستحسن ان يدرا بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فايدة فيه **قوله** ثم الشبهة عند ابي حنيفة
تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم تحريمه
ويظهر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول ابي حنيفة ثلثة شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة
العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد ان يطا التي تزوجها بغير شهود او بغير اذن مولاها
وبامة او وطي العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج امة على حرة او مجوسية او خمسا في عقد
او جمع بين اختين بوطي وقال علمت انها حرام لا حد عليه عند ابي حنيفة وعندهما يجب الحد **قوله** وقد نطق
الكتاب بانتفاء الحل اذ كان قد طلقها يعني الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره قال وعلى ذلك
الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه اي في الحل وهم الامامية والزيدية القايلون بان الطلاق الثلاث
بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها لانه خلاف بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر لا اختلاف كان بين
الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه في اول كتاب الطلاق من ان

اجماع الصحابة تقرر في زمن عمر على ذلك وان الاحاديث الواردة في انها تكون واحدة يجب كونها كانت منتهية الي اخر ما يعلم فيما اسلفناه • وصح عن علي رضي الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفي ان ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل لان محل انتفاء الحل في الكتاب ما اذا وقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم في الثلث بمرة واحدة وليس هو منشا ول النص **قوله** ولو قال ظننت انها تحل لي لا يحد لان الظن في موضعه لان اثر الملك قايم بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا حرم عند نكاح اختها واربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فان امكن ان يقيس حل الوطي على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا في سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطي امراة اجنبية وقال ظننت انها تحل لي وجارية اجنبية على ما ياتي لانه في غير موضعه **قوله** وام الولد اذا اعتقها مولاها وهي في العدة والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلثا لثبوت الحرمة بالاجماع يريد حرمة ان يطاها في العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع في حرمته وبخلاف ما اذا اطلقها بالكناية كان قال انت خلية او امرك بيدك فاختارت نفسها ونحوه ثم وطيها في العدة وقال علمت انها حرام لا يحد لاختلاف الصحابة في الكناية فمن مذهب عمر انها اي الكنايات رجعية وكذا ابن مسعود ففي مصنف عبد الرزاق ثنا الثوري عن منصور ثنا ابراهيم عن علقمة والاسود ان ابن مسعود جاء اليه رجل فقال كان بيني وبين امراتي كلام فقالت لو كان الذي بيدك من امري بيدي لعلمت كيف اصنع قال فقلت لها قد جعلت امرك بيدك فقالت انا طالق ثلثا قال ابن مسعود اراها واحدة وانت احق بالرجعة وسالنا امير المومنين عمر رضي الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت اراها واحدة وهو احق بها قال وانا اري ذلك وزاد من طريق اخر ولو رايت غير ذلك لم تصب **واخرج** ابن ابي شيبة عنهما في مصنفه انهما قالا في البرية والخلية هي تطليقة واحدة وهو املك برجعتها **واخرج** محمد بن الحسن في الاثار انا ابو حنيفة عن حماد بن ابي سليمان عن ابراهيم النخعي ان عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما كانا يقولان في المراة اذا خيرها زوجها فاختارته فهي امراته وان اختارت نفسها فهي تطليقة وزوجها املك بها ومن مذهب علي رضي الله عنه في خلية وبرية انها ثلاث على ما اخرجه عنه ابن ابي شيبة الي غير ذلك مما عن غيرهم فيها انها واحدة او ثلث ولهذا يعرف خطا من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا او طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل احد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوي ثلاثا بالكناية فوقعن فوطيها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف ان تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره ابو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه ان قول المخالف عن دليل قايم النبه وان كان غير معمول به كان قوله عليه السلام انت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة ملك الاب لمال ابنه لنفسه وهذه المسالة تلغز فيقال مطلقة ثلثا وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا تحد وهي ما وقوع الثلث عليها بالكناية **قوله** ولا حد على من وطي جارية ولده او ولد ولده وان كان ولده حيا وان لم يكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسالة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل وهو ما رواه ابن ماجة

عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر ان رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وابي يريد ان يحتاج مالي قال انت ومالك لابيك **واخرج** الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلايل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله ان ابيه يريد ان ياخذ ماليه فقال عليه الصلاة والسلام اوعه ليه فلما جاء قال له عليه السلام ان ابنك يزعم انك تاخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته او قراباته او ما انفقه علي نفسي وعيالي قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه اذناه قال عليه الصلاة والسلام قلت في نفسك شعرا لم تسمعه اذناك فهاته فقال لا يزال يزيدنا الله بك بصيرة ويقينا ثم انشا يقول •

• غذوتك مولودا ومنتك يافعا • تعل بما اجني عليك وتنهل •
• اذا ليلة ضافتك بالسقم لم ابت • لسقمك الا ساهرا اتململ •
• تخاف الردي نفسي عليك وانها • لتعلم ان الموت حتم موكل •
• كاني انا المطروق دونك بالذي • طرقت به دوني فعيناي تهمل •
• فلما بلغت السن والغاية التي • اليك مراما فيك كنت اءمل •
• جعلت جزاي غلظة وفظاظة • كانك انت المنعم المتفضل •
• فليتك اذ لم ترع حق ابوتي • فعلت كما الجار المجاور يفعل •

قال فبكي عليه الصلاة والسلام ثم اخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب انت ومالك لابيك **وروي** حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا ويثبت النسب يقتضي باطلاقه ان يثبت نسب ولد الجارية من وطي والد سيدها وجده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسالة لا حد على من وطي جارية ولده ثم قال ويثبت النسب اي من واطي جارية ولده وولد ولده لكنه انما اراد من وطي جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يملكها حال حياة الاب وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابي يوسف رحمه الله اذا زني بجارية نافلته والاب في الاحيا وقال ظننت انها حرام علي حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وانه سقط عنه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونص ابي الليث صرح في شرح الجامع الصغير انه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافي **وفي** المبسوط ان من وطي جارية ولد ولده فجات بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم يثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتني على ولاية نقل الجارية الي نفسه وليس للجد ولاية ذلك في حيوة الاب ولكن ان اقر به ولدا لولد عتق باقراره لانه زعم انه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شي على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطي ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهي البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة اشهر لانا علمنا ان العلوق كان في حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الي نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة اشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه ابن الابن او كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله ان ينقلها الي نفسه بدعوة الاستيلاد **قوله** واذا وطي جارية ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها حلال فلا حد عليه ولا على قاذفه وزفر يحده لقيام الوطي الخالي عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطي جارية اخيه

اوعمه على ظن الحل وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه فقال ظننت حلها لي لا يحد وان قال علمت حرمتها حد
لان بين هولاء اي بين الانسان وبين ابنه وامه وزوجته والعبد وامة سيده انبساطا في الانتفاع فظن
ان منه الاستمتاع بخلاف ما بين الانسان واخيه وعمه على ما ياتي فكان شبهة اشتباه الا انه زنا حقيقة
فلا يحد قاذفهم قوله وكذا الجارية اذا قالت الجارية ظننت ان عبد مولاي او ابن مولاي او مولاي
يحل لي او زوج سيدتي وكذا في الاخوين والفحل لم يدع ذلك في ظاهر الرواية لان الفعل واحد
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يحد الفحل لان الشبهة انما تمكنت في التبع وهي المراة لانها تابعة في الزنا
فلا يكون متمكنة في الاصل بخلاف ثبوتها في جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت في الاصل
يستتبع التبع واجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه
واورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد هو دونها اجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة في الفعل
فانه لم تثبت شبهة فوجب الحد عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانه ليس اهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه
فان الشبهة لما تحققت في الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها
ولا يثبت نسب ولدها الوجات به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده قوله
وان وطئ جارية اخيه او عمه ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة وقال ظننت انها تحل
لي حد لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الاخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة
ومعنى هذا انه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطوه هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله
شرط وجوب الحد ان يعلم ان الزنا حرام وانما يتبينه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال
ظننت انه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله اول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان
والملل لا يختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم اصلي انه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء
شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى او غير صحيح
لان الشرع لما اوجب على الامام ان يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في
نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني ان يحد نفسه
ولا ان يقر بالزنى بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام
ثبوته وجب الحد على الامام هذا واورد انه لو سرق من بيت اخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر ان بينهما
انبساطا اجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله في بيتهما ولا بلا حشمة واستئذان عادة
ينفي معنى الحرز فانتفى القطع اما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا قوله ومن زفت
اي بعثت اليه غير امراته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر وهذه اجماعية
لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب
من هذا الوطئ ولا يثبت من الوطئ عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء
هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطئ فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطئ الامة
اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي ارسلني اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع اوجب الشبهة
التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن ابي يوسف فان
احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطئ لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر

باجماع الصحابة فيكون وطئا حلالا ظاهرا واجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا
في ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف
مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل انه لو اعتبر شبهة اشتباه اشكل
عليه ثبوت النسب واطلقوا ان فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى انه لو قال علمتها حراما
علي لعلمي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق انه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار
يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما اقتضاه ثبوت الملك
كحديث انت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير انه مستثنى من الحكم المرتب
عليه اعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهد من احكام
الشبهتين قوله ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد خلافا للائمة الثلاثة مالك
والشافعي واحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا ان المسقط شبهة الحل ولا شبهة هنا اصلا
سوى ان وجدها على فراشه ومجرد وجود امراة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا
لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل
حل فكان كالوطئ المستاجرة للخدمة والمودعة حلا لا فوطئها فانه يحد قال وكذا اذا كان اعمى لان الوجود
على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه وتمييزه يحصل بالنغمة والحركات المالوفة فيحد
ايضا الا اذا دعاها فاجابته اجنبية وقالت انا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل وجاز تشابه
النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت انا زوجتك لانها لو لم تقله بل اقتصرت على
الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس
الى انها هي قوله ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها بنسب بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه
او بنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام
ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هي اشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما
بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعي اي ابو يوسف ومحمد والشافعي وكذا
مالك واحمد يحد اذا كان عالما بذلك وكان يجب ان يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي
لما عرف ان العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا ان يفصل بضمير منفصل او غيره على قول والا فشاذ
ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع او صهرية متفق عليه والا غير ذلك في الكافي لحافظ الدين
منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح
بلا ولي وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج امة على حرة او تزوج
مجوسية او امة بلا اذن سيدها او تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا اما عنده فظاهر
وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفي عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد وفي بعض
الشروح اراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة
الغير ونكاح الخامسة واخت المراة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن
المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند ابي حنيفة وان قال علمت انها علي حرام وعندهم
يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التابيد لا يجب الحد كالنكاح بغير

شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد
محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد واضاف الى ذلك ما سمعت ثم
لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية
وما معها لان الشبهة انما تنتفي عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التابيد يقتضي
ان لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير وما معها لانها ليست محرمة على التابيد فان حرمتها مغيّاة ببقاء نكاحها
وعدتها كما ان حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو اسلمت حلت كما ان تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا
يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر
كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما انه يحد في ذات المحرم ولا يحد في غير ذلك قال مثل ان يتزوج مجوسية
او خامسة او متعة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امراة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها
قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ان علم بذلك
فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه نعم في المراة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول ابي حنيفة ثم خص
مخالفتهما به وان المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك على ما عرف في الروايات وفي مسئلة المحارم
رواية عن جابر رضي الله عنه انه يضرب عنقه . ونقل عن احمد واسحاق واهل الظاهر وفصل ابن حزم قتله
على ما اذا كانت امراة ابيه فصل الحديث الاتي على مورده . وفي رواية اخرى عن احمد يضرب عنقه ويؤخذ
ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالي ومعه راية فقلت له اين تريد قال بعثني رسول الله
صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امراة ابيه ان اضرب عنقه واخذ ماله وهذا الحديث رواه ابو داود والترمذي
وقال الحديث حسن وروى ابن ماجة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من
وقع على ذات محرم منه فاقتلوه اجيب بان معناه انه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب
العنق واخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفي بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه وسلم
بعث جد معوية الى رجل عرس بامراة ابيه ان يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على انه استحل ذلك فارتد به
ويدل على ذلك انه ذكر في الحديث عرس بها وتعريسه بها لا يستلزم وطئه اياها وغير الوطي لا حد به فضلا عن
القتل فحيث كان القتل للردة وهذا لا يخلو من نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطي كان قتله
جايزا لكونه لو وطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه ايضا لا يتعين كونه للوطي فلا دليل
فيه على احدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا اجاز فيه احد الامرين انه للاستحلال وامر بذلك سياسة وتعزيرا
وجه القايل بالحد انه وطي في فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطي اهل للحد عالم بالتحريم
فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا
فلم تكن شبهة كما لو اكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف ان هذا العقد يوجب شبهة ام لا فعندهم لا
لما ذكر وعند ابي حنيفة وسفيان وزفر ومدار كونه يوجب شبهة على انه ورد على ما هو محله او لا فعندهم لا
لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في ساير الحالات فكان اللغو بصورة العقد
لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست بقبول الحل بل بقبول
المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتامل يسير يظهر انهم لم يتواردوا على محل واحد
في المحلية فهم حيث نفوا محليتها ارادوا بالنسبة الى الخصوص هذا العاقد اي ليست محلا لعقد هذا العاقد

ولذا عللوه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث
اثبت محليتها اراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت
فقد اطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي
عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح انثى
من بنات ادم ليست من المحرمات . فالجواب ان المراد نفي المحلية لعقد الناكح الخاص وانت علمت ان ابا حنيفة
انما اثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في اي الاعتبارين
في ثبوت المحلية اولى كونه قابلا للمقاصد او كونه حلا لان نظرنا الى المعنى وهو ان الاصل ان شرع الحل قيام
الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله او الى السمع اعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع
مع انها انما فيها عدم الحل ترجحوا وقد رجح قول ابي حنيفة رحمه الله بقوله صلى الله عليه وسلم ايما امراة نكحت
بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم
بالبطلان واوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقد على ظاهره لا يضر لانه مؤول بتاويلين
احدهما انه ايل الى البطلان باعتراض الولي بان كان غير كفو والاخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمراة ولاية
على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو اقرب التاويلين لندرة فسخ ولي بسبب
عدم الكفاءة من زوجت المراة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفتوى
على قولها ولعل وجهه ان تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن الحل
ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت
النسب والعدة اقل مما يبتني عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل
من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه الا ترى
ان ابا حنيفة الزم عقوبته باشد ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف انه زنا محض عنده الا ان فيه
شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استاجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقال الشافعي
ومالك واحمد يحد لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما اذا استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال
ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله ان المستوفي بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم
العين فبالنظر الى الحقيقة يكون محلا لعقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستيجار للطبخ ونحوه لان
العقد لم يضف الى المستوفي بالوطء والعقد المضاف الى المحل يورث الشبهة فيه لا في محل اخر وفي الكافي
لو قال امهرتك كذا لازني بك لم يجب الحد وكذا لو قال استاجرتك او خذي هذه الدراهم لاطاك
والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
فالمعنى الذي يفيد ان فعل الزنى مع قوله ازني بك لا يجلد معه للفظة المهر معارض له قوله ومن وطي
اجنبية فيما دون الفرج بان اولج في مغابط بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الاتية
يعزر لانه منكر محرم ليس فيه تقدير ففيه التعزير ومثله ما اذا اماتت امراة امراة اخرى فانهما
يعزران كذلك قوله ومن اتى امراة اي اجنبية في الوضع المكروه اي دبرها او عمل عمل قوم لوط .
فلا حد عليه عند ابي حنيفة ولكنه يعزر ويسجن حتى يموت او يتوب . ولو اعتاد اللواطة قتله الامام
محصنا كان او غير محصن سياسة اما الحد المقدر شرعا فليس حكما له وقالا هو كالزنى وهذه العبارة تفيد

اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنى فيجلد ان لم يكن احصن ورجم ان احصن وذكر في
الروضة ان الخلاف في الغلام اما الوطي امراة في دبرها فحد بلا خلاف والاصح ان الكل على الخلاف نص
عليه في الزيادات ولو فعل هذا بعبده او امته او زوجته بنكاح صحيح او فاسد لا يحد اجماعا كذا في الكافي نعم
فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان راى الامام ذلك لكن للشافعي في عبده وامته ومنكوحته
قولان وهل تكون اللواطة في الجنة اي هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان سمعا
فقط جاز ان تكون والصحيح انها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من احد
من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها وقال الشافعي في قول يقتلان
في وجه بالسيف بكل حال اي بكرين كانا او ثيبين وفي قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك واحمد وفي قول
اخر وهو الصحيح من مذهبه يجلد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما ان احصن وجه القتل ما روى ابو داود
والترمذي وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي عن عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس
رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل
والمفعول به قال الترمذي انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه السلام من هذا الوجه ورواه
محمد بن اسحق عن عمرو بن ابي عمرو وقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل **وروى** عن عاصم
ابن عمر عن سهيل بن ابي صالح عن ابيه عن ابي هريرة عنه عليه الصلوة والسلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول
به وفي اسناده مقال ولا يعلم احد رواه عن سهيل بن ابي صالح غير عاصم بن عمر العمري وهو يضعف في الحديث
من قبل حفظه وبسند السنن رواه احمد في مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخاري عمرو بن ابي
عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائي ليس بالقوي وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث
عكرمة عن ابن عباس عنه عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد اخرج له الجماعة واخرجه الحاكم
بطريق اخر وسكت عنه وتعقبه الذهبي بان عبد الرحمن العمري ساقط واذا كان الحديث بهذه المثابة من
التردد في امره لم يجز ان يقدم به على القتل مستمرا على انه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهذا انه في معنى
الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد سفح الماء بل ابلغ حرمة وتضييعا للماء لان الماء
قد ينكشف في الزنا بالعقد وقد ينسبوهم الولد فيه بخلاف اللواط فيهما فيثبت حكم الزنا بل الا له نص حد
الزنا الا بالقياس ولابي حنيفة انه ليس بزنى ولا معناه فلا يثبت فيه حده وذلك لان الصحابة اختلفوا في
موجبه فمنهم من اوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من نكسه من مكان مرتفع
مع اتباع الاحجار فلو كان زنا في اللسان او في معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه
فاختلافهم في موجبه وهم اهل اللسان دليل على انه ليس من مسمى لفظ الزنا ولا معناه واما الاستدلال
بقول القائل من كف ذات حر في زي ذي ذكر لها محبان لوطي وزناء فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت
وقوله من قال الخبث قال قايلهم • وذكر البيت غلط وذلك انه ليس لعربي بل هو من شعر ابي نواس من قصيدة
التي اولها دع عنك لومي فان اللوم اغراء • وداوني بالتي كانت هي الداء • وهي قصيدة معروفة في ديوانه
وهو مولد لا يثبت اللغة بكلامه مع انه ينبغي تطهير كتب الشريعة عن امثاله وايضا لا يثبته لاله لان المعنى
المحرم في الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجواز اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد
الذي هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له اب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيسيء بل اسوء الاحوال

ولانه قد يدعيه بعض السفها وان لم يثبت نسبه شرعا لتخصيصه وينفعه ويشتبه من هو له فيقع التقاتل
والفتنة وليس شيء من ذلك في اللواطة وكذا هو نادر وقوعا من الزنا لانعدام الداعي من الجانبين على
الاستمرار بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرته ووقوع الزنا بصبية لا تشتهي
اصلا اذ قلما يكون ذلك ولا عبرة باوكدية الحرمة في ثبوت عين موجب الاخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع
على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا ان لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان في المساوي من كل
وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجرا قويا وقد لا الا ايعاد عقاب الاخرة واما ما خرج عن الصحابة
فروى البيهقي في شعب الايمان من طريق ابن ابي الدنيا ثنا عبد الله بن عمر ثنا عبد العزيز بن ابي حازم
عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر ان خالد بن الوليد كتب الى ابي بكر انه وجد رجلا في بعض نواحي العرب
ينكح كما تنكح المراة فجمع ابو بكر الصحابة فسالهم فكان من اشدهم في ذلك قولا علي رضي الله عنه قال هذا
ذنب لم يعص به الا امة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى ان نحرقه بالنار فاجتمع راي الصحابة على ذلك قال
ورواه الواقدي في كتاب الردة في اخر ردة بني سليم **وروى** ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا غسان بن مضر
عن سعيد بن يزيد عن ابي نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللوطي قال ينظر اعلى بناء في القرية فيرمى منه
منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقي ايضا من طريق ابن ابي الدنيا وكان ماخذ هذا ان قوم لوط اهلكوا
بذلك الخبيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك في اتباع الهدم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن
ابن الزبير يحبسان في انتن المواضع حتى يموتا نتنا واما استدلالهم بتسميتها فاحشة في قوله تعالى
اتاتون الفاحشة ما سبقكم بها من احد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تختص لغة بالزنى قال تعالى
ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقول المصنف لانه يعزر لما بينا اي من انه منكر ليس فيه شيء مقدر
قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه وكذا اذا زنى بميتة لانه للزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده
منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان نفق لبعضهم ذلك لغلبة
الشبق فلا ينتفر الى الزاجر لزجر الطبع عنه **قوله** ولهذا لا يجب ستره في البهيمة الا انه يعزر لما
بينا من انه منكر ليس فيه تقدير شرعي ففيه التعزير والذي يروى انه تذبح البهيمة وتحرق فذلك
لقطع امتداد التحدث به كلما رؤيت فيتأذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهي مما لا يؤكل ضمن
قيمتها ان كان ملكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما يؤكل اكلت وضمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
لا تؤكل والمراد بالمروي ما روى اصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام
من اتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ما شان البهيمة قال ما اراه قال ذلك الا انه كره ان يؤكل
لحمها او ينتفع بها وقد عمل بها ما عمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابي يوسف في عدم اكلها
الا ان المعنى الذي عينه الاصحاب من قطع التعيير اقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسماعيل
عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا واما ابراهيم بن اسماعيل
عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن ابي عمرو ابن ابي حبيبة فقال احمد ثقة وقال البخاري
منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعفه ابو داود وهذا الحديث بطريق اخر وهو ان روى
عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذي ياتي البهيمة حد وهو الذي روى
عنه الربيع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لقتلهما وتاويله المذكور انفا ومحال ان يروى عن رسول الله صلى الله

عليه وسلم القتل ثم خالفه وكذا اخرجه الترمذي والنسائي وقال الترمذي وهذا اصح من الاول
ولفظه من ابي لهيعة فلا شيء عليه واخرج الحاكم حديث عمرو بن ابي عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد
قوله ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد وعند
الشافعي ومالك رحمهما الله تحد لانه التزم باسلامه احكام الاسلام اينما كان مقامه قلنا سلمنا انه ملتزم
للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزما بالتزامه احكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه
اذا وجب عليه الحد عند القاضي فيقضي باقامته عليه وليس الكلام في هذا بل في نفس وجوب الحد وانما
يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل في غير محل النزاع فالوجه ان يقال وجب على الامام الاقامة
على الزاني مطلقا اين ما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود
في دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه في دار الحرب فلا وجوب
والا عري عن الفائدة لان المقصود منها الاستيفاء ليحصل الزجر والفرض ان لا قدرة عليه واذا خرج
والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب على وجوده لم ينقلب فوجب في حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو
قوله عليه السلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير
عن النبي عليه السلام انه قال من زنى او سرق في دار الحرب واصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه
لا يقام عليه الحد والله اعلم به وعن الشافعي قال قال ابو يوسف ثنا بعض اشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت
قال لا تقام الحدود في دار الحرب مخافة ان يلحق اهلها بالعدو قال وحدثنا بعض اصحابنا عن ثور بن يزيد
عن حكيم بن عمير ان عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصاري والى عماله ان لا يقيموا الحدود على احد
من المسلمين في ارض الحرب حتى يخرجوا الى ارض المصالحه قال الشافعي ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك
زيد بن ثابت وانت تعلم ان هذا نوع انقطاع ومعتقد ابي يوسف انه داخل في الارسال وان جهالة الشيخ
لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته فلا يضر على راي مثبتي المرسل شيء من ذلك بعد كون المرسل من ائمة
الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن ابي مريم عن حكيم
ابن عمير به وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان ان يلحق بالكفار انتهى اثر اخر رواه ابن ابي شيبة رحمه الله ايضا
ثنا ابن المبارك عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان ابا الدرداء نهى ان يقام على
احد في ارض العدو واخرج ابو داود والترمذي والنسائي عن بسر بن ارطاة قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدي في السفر انتهى ولفظ الترمذي في الغزو وقال الترمذي
حديث غريب والعمل عليه عند بعض اهل العلم منهم الاوزاعي يرون ان لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو
مخافة ان يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام اقام عليه الحد واعلم ان مع
الاوزاعي احمد واسحق فمذهبهم تاخير الحد الى القفول وبسر بن ارطاة ويقال ابن ابي ارطاة اختلف في
صحبته قال البيهقي في المعرفة اهل المدينة ينكرون سماع بسر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن
معين يقول بسر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال اهل الحرة انتهى
فلو انه سمعه منه عليه السلام لا تقبل رواية من رضي بها وقع عام الحرة وكان من اعوانها والحق ان هذه
الاثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من اقيم عليه باهل الحرب انتفى ان يقام اذا خرج وكونه
يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الاثار المتقدمة حتى يخرجوا الى

ارض المصالحه انه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى ارض المصالحه حينئذ
يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار اليها اذا زنى قلنا الظاهر الاحتمال الاول ولو سلم
احتمالها على السوا فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انه معارضه
بما اخرجه ابو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اقيموا حدود الله
في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد
موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وايضا
معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان اجيب بانه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع
بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطء في غير الملك وشبهته فرتبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب
ابتدا على ما لا شبهة فيه فيكون هذه الاخبار مخصصا اول واما الدليل العقلي المذكور فعليه ان يقال
لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب ان لا فائدة في الايجاب انما ذلك لو عجز
مطلقا فجاز ان يثبت الوجوب في الحال معلقا بالقدرة ولكنه يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه ان يقال
فجاز ان يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة اي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود
عند تحقق القدرة في المال لان المعلق بالشرط كذلك وحينئذ نجوابه ان هذا معنى ممكن لكن اين دليله فان الايجاب
انما يفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم ان القدرة شرط التكليف فعلم انتفا مقتضاها في الزاني في
دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب بحال زنى الزاني في دار الحرب باقدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت
تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان اجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الاثار المفيدة انه اذا رجع الى دار الاسلام
اقامه يدفع بانه معارض بحديث مراسيل ابي داود ومرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين
وايضا انه يقال عليه لا نسلم ان حال الزنى يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت
عنده لا يتعلق به وجوب اصلا وفرض المسئلة انه زنى في دار الحرب ثم اقر عند القاضي بعد الخروج او شهد
عليه في غير تقادم وعند ذلك هو قادر ويتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله اعلم قال ولو
غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وامير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده فالقدرة
ثابتة عليه بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى العسكر لا يقيمه ويفيد انه لو زنى
في العسكر والعسكر في دار الحرب في ايام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية حينئذ اما امير العسكر
والسرية فلا يقيمه لانه لم يفوض اليهما الاقامة قوله واذا دخل حربي دارنا بامان وهو المستامن
فزنى بذمية الى اخره حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة او الذمية فعليهما الحد دون الحربي
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد يقول
الاول فصار فيها ثلاثة اقوال قول ابي حنيفة يحد المزني بها المسلمة والذمية وقول محمد لا حد واحد منهم
وقول ابي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستامنة لا حد واحد منهما
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم او الذمي بالحربية المستامنة
حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يحدان جميعا والاصل عند ابي حنيفة ومحمد لا يجب على
الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد الزنا ولا السرقة ولا الشرب وعند ابي يوسف يجب الكل
الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقة عند ابي يوسف

يجب وعندهما لا وجه ابي يوسف ان المستامن التزم احكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات
كان الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف ويقتل قصاصا ويمنع من الربوا وشرا العبد المسلم والمصحف
ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه ابي حنيفة ومحمد انه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة
يقضيها ويرجع وعلينا ان نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستيمان ملتزما جميع احكامنا في المعاملات بل ما
يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غيرانه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف وكف الاذى
اذ قد التزمنا له بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه اما حد الزنا فخالص حق الله
سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه ولم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفايه عند اعطاء امانه بخلاف
المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا واذلالا
للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنى مستثنى من كل عهودهم ولمحمد رحمه الله وهو الفرق بين المسلم والذمي
اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت بمستامن لا يجب الحد عنده
عليهما ان الاصل في الزنا فعل الرجل والمراة تبع لكونها محلا على ما سنذكر فامتناع الحد في الاصل حق يوجب امتناعه
في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الاصل اي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية او مجنونة
يحد هو دونها وفي تمكين البالغة الصبي والمجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا امكنت من فعل
موجب له وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستامن زنا لكونه
مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق احكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا انه امتنع
حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد
مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب بحد هي لان المانع
خصه وتبعيتها في الفعل لا في حكمه بخلاف تمكينها صبيا او مجنونا لانهما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن
من الزنا ونظيره لو زنى مكرها بمطاوعة تحد المطاوعة عند ابي حنيفة وبه قالت الايمة الثلاثة وعند
محمد لا تحد قوله واذا زنى الصبي والمجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعي يجب
الحد عليها وهو اي قول زفر والشافعي رواية عن ابي يوسف وهو قول مالك واحمد وان زنى صحيح اي عاقل بالغ
بمجنونة او صغيرة تجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد
من جانبه فكذا العذر من جانبه لا يوجب سقوطه من جانبها وهذا لان كلا منهما مواخذ بفعله وقد فعلت ما
هي به زانية لان حقيقة زناها اقتضاء شهوتها بالة وقد وجد الا ترى انه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو
ليس الا بذلك ويدل على انها زانية حقيقة كونها تحد فاذنها فلو لم يتصور زناها لم تحد قاذفها كالمجبوب
ولنا ان فعل الزنا انما يتحقق منه لان اهل اللغة اخذوا جنس تعريفه وطي الرجل فكانت خارجة وانما هي محل
ولهذا يسمى هو واطيا وزانيا وهي موطوءة ومزني بها الا انها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة
راضية وماء دافق اي مرضية ومدفوق لكونها مسببة لزنى الزاني بالتمكين فتعلق الحد حينيذ في حقها بالتمكين
من فعل هو زنا والزنى فعل من هو منهي عنه اثم به وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد وعلى هذا لو قلنا
انها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين بما هو زنا وهو منتف من الصبي
والمجنون فان قيل كيف يتصور ان يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزني بها حقيقة فيلزم
كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل

لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طايعة لقضاء شهوتها من فعل هو
زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلو منع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطي
المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا او لا فالجواب ان تسميتها
زانية حقيقة او مجازا كونه بالتمكين من الزنا النسب من كونه لما ليس زنا ولم يلزم جاز كونه لكل منها فدار تمكينها
الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن
ينبغي ان يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة
حالا او ماضيا بلا ملك وشبهته وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة
وان لم يجب على فاعله حد والجواب ان هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا تحد ومجنونا فتحد لان قولهم
وطي الرجل يخص البالغ لكن لا قايل بالتفصيل والذي يغلب على الظن من قوة كلام اهل اللغة انهم لا يسمون فعل
المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا تحد به والله اعلم وما ذكرنا
يندفع ما قيل لو كان تمكين المراة صبيا او مجنونا يمنع الحد عليها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية
حين اقرت بالزنا هل زنى بك مجنون او صبي كما انه استفسر ماعزا فقال ابك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد
لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه
استراب امره على ما تقدم ولذا لم يسال الغامدية ابك جنون مع انها مثل ماعز سقوط الحد بجنونها واورد
انه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطي في غير الملك لا يخلو عن احدهما اما العقر وهو مهر المثل
او الحد كما لو زنى الصبي بصبية او مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب اجيب بالفرق وهو ان الايجاب عليه
هنا لا فايدة فيه لانا لو اوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المراة لانها لما طاوعته صارت امرة له بالزنا
معها وقد لحق الصبي غرم لذلك الامر وصح الامر منها لولايتها على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت
مكرهة او صبية لا يرجع ولي الصبي على المراة لعدم صحة امرها لعدم ولايتها وفي المكرهة عدم الامر
اصلا فكان الايجاب مفيدا واما ايراد ان القاعدة ان كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المراة وهي منقوضة بزنا
المكره بالمطاوعة والمستامنة بالذمية والمسلمة فوروده بنا على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل
موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع قوله ومن اكرهه السلطان حتى زنى فلا حد
عليه وكان ابو حنيفة اولا يقول يحد وهو قول زفر وبه قال احمد لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار
الالة وهذا آية الطواعية فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان نحال فعله
اياه غير مكره فبطل اثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المراة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين
دليل الطواعية فلا تحد اجماعا ثم رجع ابو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره ايضا لان السبب الملجي الى الفعل
قايم ظاهرا وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل لها اذ يكون معه ويكون
طبعا لقوة الفحولية وقد يكون لريح تستفل الى الحجر حتى يوجد من النايم ولا قصد منه فلا يترك اثر اليقين
وهو الاكراه الى المحتمل وان اكرهه غير السلطان حد عند ابي حنيفة لعدم تحقق الاكراه من غيره وكان مختارا
في الزنا وكذا عند زفر واحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن الانتشار دليل الطواعية
فلا يحد وقال ابو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان والانتشار لا يستلزم الطواعية الى اخر
ما ذكرناه آنفا المشايخ هذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن ابي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه

بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه
حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة عن ايقاع ما توعد به **قوله** ومن اقر اربع مرات
هذه على وجهين احدهما ان يقر الرجل في اربع مجالس انه زنا بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي
بل تزوجني او اقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها لم يحد واحد منهما في الصورتين
لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد الرجل وبتقدير
كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المراة في
صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا اذ كان بحكم الشرع سقوط الحد عنهما مع ثبوت الوطي
باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة به شرعا والوطي لا يخلو عن عقر او عقر فلزم لها المهر وان ردته
الا ان تبريه منه واعلم ان وجوب المهر انما هو فيما اذا كانت الدعوى قبل ان يحد المقر فان حد ثم ادعى
الآخر النكاح لا مهر لها لان الحد لا ينتقض بعد الاقامة ثانيهما ان يقر اربعا كذلك انه زنى بفلانة وقالت
فلانة ما زنى بي ولا اعرفه او اقرت هي بالزنا اربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا اعرفها لا يحد
المقر بالزنا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم
ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة رحمه الله
ان الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فاورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد
يتم بهما فاذا تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما اقر بالزنا مطلقا انما اقر بالزنا بفلانة وقد
وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما اقر به فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو اطلق فقال زنيت فانه
وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه بخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب
النفي وهو الانكار حتى لو حضرت واقرت اربعا حدت فظهر ان الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم
معرفته فاذا انكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل
ينبغي ان لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد انما سقط بانكاره
وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار اصل الفعل اولى قلنا خصصنا تلك
المسئلة بوجوب الحد على الرجل بحديث سهل بن سعد فانه روي ان رجلا اقر بالزنا بامراة فانكرت فحده
رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه ابو داود وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المراة النكاح وانكرت
وادعت على الرجل حد القذف تحد حد القذف ولا تحد حد الزنا **قوله** ومن زنى بجارية فقتلها
اي بفعل الزنا فانه يحد وعليه قيمتها وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها
يحد اتفاقا ويجب عليه الدية وقوله وعن ابي يوسف انه لا يحد ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر الرواية
عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد
لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه ابو الليث خلافه فقال ذكر ابو يوسف في الامالي ان هذا
قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب
قول ابي يوسف على خلاف قول ابي حنيفة خاصة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول ابي حنيفة
وبه قال الشافعي واحمد لانه لو كان لا قول له بان توقف لذكره وانما قال ابو يوسف هذا قول ابي حنيفة
خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف

حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه قول ابي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب قتله
سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط
بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها او ملكها بالعقد بان زنى بجارية
جنت عليه فدفعت اليه بالجناية او بالشراء او النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند ابي حنيفة يحد في الكل
فقال ابو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء او النكاح لان اعتراض سبب الملك
قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فواحد موجب كل من الفعلين ولا منافاة
فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلث
سنين على العاقلة ولا يجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال
ثم تنزل فقال لما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القايمة لانه يثبت
بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القايم دون الفايت ومنافع البضع التي استوفيت فايتة وليس
محلها وهو العين قايما لتثبت به شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهة فلم
يكن كالمسروق ولم يفد الملك المسبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة
حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وال هذا التقدير الى ان الثابت بهذا
الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع لان الثابتة شبهة ملك العين لا حقيقة وبحقيقته تثبت شبهة
ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة
وحاصل التقرير ان ابا يوسف اثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس لاحد ان يثبت بالضمان
حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تامل يظهر ما في تقدير المصنف للتنزل من التساهل
وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث تجب قيمتها
ويسقط به الحد لان الملك ثمة يثبت في الجثة العميا وهي عين فاورث شبهة اي في ملك المنافع تبعا
فيندرئ عنهما الحد اما هنا فالعين فائتة بالقتل فلا يملك بعد الموت ولا يقال هذا التملك بطريق
الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت اولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاول
وهو منتف وثمرته ان الثابت في المنافع شبهة الشبهة فقال ابو يوسف على ما ذكرنا فان قيل ينبغي ان لا يجب
الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بدان يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب ان لا
يحد والا وجب ضمانان بازاء مضمون واحد اجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان اوله جراحة انه ملك
ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه
عندهم جميعا خلافا للشافعي اما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضي خان لو زنى
بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق **قوله** وكل شي فعله الامام الذي ليس فوقه امام مما يجب به الحد
كالزنا والشرب والقذف والسرقة لا يؤاخذ به الا القصاص والمال فانه اذا قتل انسانا او اتلف مال
انسان يؤاخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق
الخزي والنكال ولا يفعل احد ذلك بنفسه ولا ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء
فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون
الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والغلب

عليه صح

في حد القذف حق الشرع فكان كيفية الحدود بهذا يعلم انه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه فوجب الا انه شرط واورد عليه ما المانع من ان يولي غيره الحكم فيه بما يثبت كما في الاموال غير انه اذا صحت هذه الاستنابة فوجب عليه حق للعبد استوفاه العبد وحق لله استوفاه ذلك النايب وقيل لا يتخلص الا ان ادعي ان قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما يفهم ان المخاطب فيه بالجلد الامام ان يجلد غيره والله اعلم وقد يقال ان دليل ايجاب الاستنابة به والله تعالى اعلم

باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها

قدم ان الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما يثبت بالاقرار نادر لضيق شروطه المقتضي لاعدامه وهو ان يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وايضا لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت عنده عليه السلام وعند الصحابة **قوله** واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة قوله متقادم اسناده في الحقيقة الى الضمير السببي اي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة وقولهم لم يمنعهم الى اخره جملة في محل جر لانها صفة للنكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك انه لا يتعين البعد عذرا بل يجب ان يكون كل من نحو مرض او خوف طريق ولو في بعد يومين ونحوه من الاعذار التي يظهر انها مانعة من المسير ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة وهي قوله واذا شهد عليه الشهود بسرقة او بشرب خمر او بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة ثم قال فان اقر هو بعد حين بذلك اخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنى ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره الاصل ان الحدود الخالصة حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي وفي العبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقادم الشهادة باسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل ان في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها اربعة مذاهب مذهبنا رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف الثاني ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك واحمد الرابع ردهما نقل عن ابن ابي ليلى ولم يقل احد بقلب قول محمد واستدل الشافعي في الاخر بالحاقه بالاقرار لانهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة وكحقوق العباد ولنا وهو الفرق ان الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة اما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين اي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الاصل انه قال ايما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم واما الصغرى فلان الشاهد لسبب الحد مامور باحد الامرين الستر احتسابا لقوله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك او الشهادة به احتسابا لقصد اخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه باحد الامرين اما الفسق واما تهمة العداوة لانه ان حمل على انه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم اخره

لزم الاول او على انه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك انه سقط عنه الواجب باختيار احدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن انه حركه حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا او السرقة لا يتحقق فيه احد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة وبخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتاخير الشاهد لتاخير الدعوى لا يلزم فيه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى بخلاف غيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة ان لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد اجاب اولا بما حاصله ان السرقة فيها امران الحد والمال فما يرجع الى الحد يشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله وباعتبار المال يشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا تنفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ولذا يثبت المال بهذا بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا يقطعه لان الحد يبطل به ويدل على تحقق الامرين فيها انه اذا شهدوا بها على انسان والمدعي غايب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال ان يكون سرق ملكه الذي كان عنده او ملكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا اخر رددناه في حق الحد لا المال بل الزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة او قبله وهي غايبة لا يدري حالها يحد ولا يساوي بالحد لان الثابت هناك شبهة الشبهة ولا تعتبر وفي السرقة لا تثبت اصلا الا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال ان يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله اعلم الثاني ان بطلان الشهادة بالتقادم لمكان التهمة في حقوق الله سبحانه وتعالى فاقيم التقادم في حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهي غير منضبطة ادير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمه فرددها للتقادم ولا يخفى ان رد الشهادة بالتقادم ليس الا للتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل احد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة امر خفي غير منضبط فلا يمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول لحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة في حق الحد فيما لو علم المدعي بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب فانما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعي على ما قال قاضي خان انما لا تقبل في السرقة بعد التقادم لا لتهمة في الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل في الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا في الابتداء فاذا اخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقي له حق دعوى المال فقط فيقضي بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامراتان على السرقة يقضي بالمال دون القطع انتهى فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة اما لو اخر والا لتاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم او بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله ولان السرقة تقام على الاستسرار وعلى غرة من المالك فيجب على الشاهد اعلامه وبالكتمان يصير

ناسخا لكنه يقتضي ان ترد في حق المال ايضا للفسق لكن ما ذكر من انهم اذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة
المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم
باطلاقه يقتضي فيما اذا لم يكن التاخير لعدم تاخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور
قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر
حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم اخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه وقول زفر قول الائمة الثلاثة
لان التاخير بعد هربه وقد زال العذر ولنا ان الامضاء من القضاء اي الاستيفاء من القضاء
في حقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت في نفس الامر استغنائه تعالى الحكم في استيفاء
حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء او هو هو هنا اذ لم يحتج الى التلفظ بلفظ
القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه في حقوق غيره تعالى فانه فيه لاعلام من له الحق بحقية
حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو في حقوقه تعالى استيفاؤها واذا كان
كذلك كان قيام الشهادة شرطا حال الاستيفاء كما هو شرط القضاء في حق غيره اجماعا وبالتقادم لم تبق
الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذي هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون
قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام في معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها
من الرجوع او نحوه حتى لو شهدوا ثم غابوا او ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية
والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل في ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت
الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفاق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع
صحيحا ولو قلنا ان ردها انيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه انيط بتقادم عن
توان للشاهدين والا فممنوع وتذكر فيما يلي هذه القولة فيه زيادة ان شاء الله **قوله** واختلفوا
في حد التقادم واشار محمد في الجامع الصغير الى انه ستة اشهر حيث قال شهدوا بعد حين وقد جعلوه
عند عدم النية ستة اشهر حيث قال شهدوا على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وابو حنيفة
لم يقدره قال ابو يوسف جهدنا بابي حنيفة ان يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى راي القاضي في كل
عصر فما يراه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم واحوال الشهود والناس
تختلف في ذلك والعرف فانما يوقف عليه بنظر ينظر في كل واقعة فيها تاخير فنصب المقادير بالراي
متعذرة وعن محمد انه قدره بشهر لان ما دونه عاجل على ما في مسئلة الحلف ليقضين حقه عاجلا فقضاه
فيما دون الشهر لا حنث وبعده يحنث وهو رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو الاصح وما خالف هذه
الرواية مما في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي الشهود متى زنا بها فقالوا منذ اقل من شهر اقيم الحد
وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه قال ابو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول
ابي يوسف ومحمد وهذا اعني كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر
اما اذا كان تقبل شهادتهم بعد الشهر لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة فعلم ان المنظر في هذا
التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو خلاف ما ذكر من قريب بعد ما انيط بالتقادم لا يراعى
وجود التهمة في كل فرد الا ان يقال اذا كان المانع البعد او المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية
حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا

رجوع في المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه احد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم
المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر اما فيه فكذلك عند محمد رحمه الله تعالى وعندهما يقدر بزوال
الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لا تقبل عندهما وسيأتي هذا ان شاء الله تعالى **قوله**
واذا شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وهي غائبة فانه يحد اجمع الائمة الاربعة عليه وكذا لو اقر بالزنا
بغائبة يحد الرجل باجماعهم لحديث ماعز فانه اقر بغائبة على ما تقدم ذكرها ورجمه عليه السلام
ونقل ابو الليث عن ابي حنيفة انه كان يقول اولا لا يحد حتى تحضر المراة لاحتمال ان تحضر فتدعي ما يسقط
الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول وان شهدوا انه سرق
من فلان وهو غائب لم يقطع والفرقان بالغيبة تنعدم الدعوى شرط في السرقة للعمل بالبينة لان
الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا
دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضي وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين
واحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز ان يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنى الغائبة فان
الثابت في كل منهما شبهة الشبهة اجيب بالمنع بل الثابت في صورة القصاص نفس الشبهة وهي احتمال
العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو
نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال
دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والا ادى الى نفي كل حد فان ثبوته بالبينة او الاقرار
والذي يثبت به يحتمل ان يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل ان يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد
ووجه انه شبهة الشبهة ان نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع
شبهة الشبهة **قوله** واذا شهدوا انه زنى بامراة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر انها امراته او امته
فلو قال المشهود عليه المراة التي رايتموها معي ليست زوجتي ولا امتي لم يحد ايضا لان الشهادة وقعت بغير موجبة
للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد واما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة لا يقام الحد
يقتضي انه لو قاله اربعا حد وليس كذلك وان اقر انه زنى بامراة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امراته
فان قيل قد تشتبه عليه بان تزف اليه قلنا الانسان كما يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه
فلما اقر بالزنا كان فرع علمه انها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم اعرفها اي
باسمها ونسبها ولكن علمت انها اجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز ان يشهد
على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد **قوله** وان شهد اثنان حاصلها انه شهد
اربعة على رجل انه زنى بفلانة الا ان رجلين قالا استكرهها واخرين قالا طاوعته فعند ابي حنيفة يدرأ
الحد عنهما وهو قول زفر والائمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم اي الشهود الاربعة على الموجب
للحد عليه كذا في بعض النسخ وهو الاحسن وفي غالبها لاتفاقهما اي الفريقين وعليه قوله وتفرد احدهما
بزيادة جناية اي تفرد احد الفريقين بزيادة جناية منه هي الاكراه وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف
جانبها لان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها
لمعنى غير مشترك لا يسقطه عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة او مجنونة ولابي حنيفة انه اختلف المشهود عليه
فرده في النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه اثنان على تقديره وهو ما اذا

كانت طايعة لان الفعل اي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا الا ان الاكراه يخرج المراة من ان تكون فاعلة الزنى حكما ولهذا لا تاثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به اورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من اقوى الشبهة انتهى ولا يخفى ان المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك لكونه يستلزم الشهادة على اثنين او واحد لا يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك ان الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحده عنده ولا فائدة لابي حنيفة في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا اثر له ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير اخر مشهودا عليها معه والعرض ان ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو امر مفروض فرضا لا فائدة فيه اصلا ولذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله ان المشهود به اختلف وليس على احدهما اي على احد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شيء وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني ان الزنا بطايعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطايعة ينفيان زناه بمكرهة والاخران ينفيان زناه بطايعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة اربعة وقول المصنف يقوم بهما الا ان يريد قيام العرض بعد فرض انه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه اي وجوده بهما **قوله** ولان شاهدي الطواعية لما اندرا الحد عنها صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين لها ولا شهادة للخصم وكان مقتضاه ان نحدا حد القذف لكن سقط بشهادة الاخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرهة يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهما في حقهما سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار في زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط الحد القذف يحتاج اليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الايمة حيث قال لم يجب حد القذف على المشهود عند ابي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة بلفظة الشهادة وذلك يخرج لكلامهم عن كونه قذفا كما في المسئلة التي هذه وأما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه اسقطا الى اخر ما ذكرنا **قوله** وان شهد اثنان اي شهد اربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا انه زنا بها بالكوفة والاخران يشهدان انه زنا بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة ولم يتم على كل نصاب منهما الشهادة وهو شهادة اربعة ولا يحد الشهود للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعي لان العدد لما لم يتكامل بكل زنى صاروا قذفة كما لو كانوا ثلثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرايطها من الاهلية ولفظة الشهادة وتم العدد في حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد في نسبة الزنا المراة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل ان في الزنا شبهة اوجبت الدرء عن المشهود عليه وفي القذف شبهة اوجبت الدرء عن الشهود قال قاضي خان وكلامنا اظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة **قوله** وان اختلفوا في بيت واحد يعني الرجل والمراة ومعناه ان يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وهذا اعني حد الرجل مع

هذا الاختلاف استحسان والقياس ان لا يحد لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فصير كالتي قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعي ومالك ووجه الاستحسان انهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغير اذ الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زوايا واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان في جهة يظن انه اليه اقرب فيقول انه في الزاوية التي تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فهو كالدارين فكان اختلافهم صورة لا حقيقة او حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل في زاوية ثم صارا الى الاخرى بتحركهما عن الفعل واما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك ايضا قائم في البلدين نعم انهم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درءه اجيب بان التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل فانه لو شهد اربعة على رجل بالزنا بفلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زنا بها في غير الوقت وهو مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الاخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه سكوت عنه اجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول اذا اختلفوا في الطول والقصر وفي السمن والهزال وفي انها بيضاء او سمراء او عليها ثوب احمر او اسود يقبل في كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب ابي حنيفة فيما اذا شهد وا واختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن ان يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا **قوله** ولو شهد اربعة انه زنى بامراة عند طلوع الشمس بالنخيلة بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن وشهد اربعة انه زنا بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على احد منهم اما عنهما فللتيقن بكذب احد الفريقين غير عين اذ الانسان لا يتصور منه الزنى في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك واما في الشهود فللتيقن بصدق احد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لانه لا يختص بظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت ترهبت وبنت هذا الدير واقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة ايام امارته على الكوفة فقالت والصليب ما في رغبة لجمال ولا لكثرة مال انما اراد ان يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فاي رغبة لشيخ اعور في عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال في ذلك ادركت ما منيت نفسي خاليا ۔ لله درك يا ابنة النعمان ۔ فلقد رددت على المغيرة ذهنه ۔ ان الملوك ذكية الاذهان ۔ اني لحلفك بالصليب مصدق ۔ والصلب اصدق حلفة الرهبان ۔ فكانت بعد ذلك تدخل عليه ۔ وسالها يوما عن حالها فقالت فبينا نسوس الناس والامر امرنا اذا نحن فيهم سوقة نتنصف ۔ فاف لدنيا لا يدوم نعيمها ۔ تقلب تارات بنا وتصرف ۔ ذكر هذا ابن الشجري في اماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضي التي اولها ۔ ما زلت اطرق المنازل باللوى ۔ حتى نزلت منازل النعمان ۔ عند قوله ولقد رايت بدير هند منزلا ۔ الما من الضراء والحدثان

منغص كمستمع الهوان تغيبت • انصاره وخلا عن الاعوان • بالي المعالم اطرقت شرفاته • اطراق منجذب
الغريبة عان • وذكرت مسجها الرباط بجوه • من قبل بيع زمانها بزمان • وبما نرد على المعيرة دهنه
نوع النوار بطيئة الاذعان • والنوار من النسا التي تنفر عن الريبة يقال نارت المراة تنور نورا اذا نفرت
من القبيح **قوله** وان شهد اربعة على امراة بالزنا وهي بكر بان نظر النساء اليها فقلن هي بكر درئ الحد عنها
اي عن المشهود عليها بالزنا وعنهم ويدرء حد القذف عن الشهود وهو احد قولي الشافعي واحمد وعند مالك
تحد المراة والرجل اما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه
الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه ان يقال ان لم تعارض شهادتهن
شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنى لجواز ان تعود العذرة لعدم المبالغة في
ازالتها فلا يعارض شهادة الزنى فينبغي ان لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب ان تبطل
شهادتهن لانها تقوي قوة شهادتهم فلما تساووا انتهضت معارضة او لا الا بان تورث شبهة بها يندرئ
وكذا يسقط بقولهن هي رتقا او قرنا ويقبل في ذلك قول امراة واحدة واما عن الشهود فلتكامل عددهم
في الشهادة على الزنى وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه والحاصل
انه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة في ازالتها بالزنا او لكذبهن •
قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبدا او محدود في قذف
حد الشهود ولا يحد المشهود عليه الاصل ان الشهود باعتبار التحمل والاداء انواع اهل للتحمل والاداء على
وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل واهل لهما على وجه القصور كالفساق لتهمة الكذب ومقابل
القسمين ليس اهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والصبيان والمجانين واهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في
قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه او لا فلا والثالث
لا شهادة له اصلا حتى لا يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر
في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف هذا ففي المسالة المذكورة
عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هولاء ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها
من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا اهلا للاداء والعبد ليس اهلا للتحمل ايضا فلم يثبت بشهادتهم
شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد اربعة منهم على الزنا
لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم اهل الاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفاسق نفذ غير انه لاجل ذلك
احتطنا في الحد فسقط عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وباقي فيه خلاف الشا
فعي بناء على اصله ان الفاسق ليس من اهل الشهادة وكذا قال احمد في رواية عنه **قوله** وان نقص عدد الشهود
عن اربعة بان كانوا ثلثة فاقل حدوا حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه موقوف
على طلبه وهذه اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة
وحين شهد رضي الله عنه ابو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد فلم تكمل شهادة زياد حد عمر رضي الله عنه
الثلاثة بمحضر من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم امهم سمية واما وجهه من جهة المعنى فلان
اللفظ لا شك في انه قذف وانما يخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا **قوله**
وان شهد اربعة على رجل بالزنى فضرب بشهادتهم الى اخره حاصلها انه اذا حد بشهادة شهود جلدا فجرحه

الحد او مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى او كافرا فانهم يحدون
بالاتفاق لان الشهود حينئذ اقل من اربعة ومتى كانوا اقل من اربعة حدوا حد القذف ثم قال ابو يوسف ومحمد
ارش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال ابو حنيفة لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد
الرجم فرجم ثم ظهر احد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف وعلى هذا اذا رجع الشهود يعني
يعني بعد ما ضرب فجرح او مات لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر
انه لا يحسن كل الحسن لفظ وعلى هذا هنا لا مثله يقال اذا كان الخلاف في المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا
كذلك فان ذلك الخلاف هو ان الارش والدية في بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شيء وهنا عندهما على
الشهود وعنده ليس عليهم شيء وقال الشافعي ومالك واحمد الارش والدية على الحاكم **قوله** لهما ان الواجب مطلق
الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الجرح والموت الى شهادتهم فصاروا
كالمباشرين لما اوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة في شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه او مات
وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا واما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا او محدودا
الى اخره وهو ما اراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معتدين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل
فعل الجلاد الى القاضي لانه الامر له وفعل المامور ينتقل الى الامر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر
خطاؤه وفيه يكون الضمان في بيت المال لانه عامل المسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التي لحقته بسبب عمله
لهم في مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضي به فان الضمان عند ظهور الشهود
محدودين او عبيدا الى اخره في بيت المال اتفاقا **قوله** ولابي حنيفة ان الواجب بشهادتهم هو الحد وهو
ضرب مولم غير جارح ولا مهلك فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما في اثباته ان الاحتراز
عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر ايضا ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك
احتياطه فاقتصر عليه فلم يتعد الى الشهود ولا القاضي بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضي لانه
قضى به ابتداء ثم ظهر خطاؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطائه عليهم في مالهم لان الغرم بالغنم
اما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه ليكون في بيت المال بل يقتصر على الجلاد الا انه لا يجب عليه الضمان
في الصحيح لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم يجب الغرامة عليه ولا على
الشهود ولا القاضي لتثبت في المال لم يجب اصلا وهو المطلوب وقوله في الصحيح احتراز عن قول فخر الاسلام
في مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مولم لا جارح
ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع تعديا فيجب عليه الضمان وهذا اوجه من جعله
احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف في الواقع **قوله** وان شهد اربعة على شهادة
اربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها اي في هذه الشهادة التي هي الشهادة على الشهادة من زيادة شبهة لتحققها
في موضعين في تحمل الاصول وفي نقل الفروع وهو قول مالك واحمد والاصح من مذهب الشافعي انه يحد بها اذا
تكاملت شروطها ونحن بينا زيادة الشبهة وهي وان لم تمنع في الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة ولو
القضا بموجبها في المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها في الجملة اعتبارها في كل موضع كشهادة
النسا معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة في الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم ان الشهادة مع زيادة مثل
تلك الشبهة معتبرة الا في الحدود وسببه انه يحتاط في درئها فكان الاحتياط رد ما كان كذلك من الشهادة

كاردت شهادة الفساق فيها ولانها بدل واعتبار البدل في موضع يحتاط في اثباته لا فيما يحتاط في ابطاله
فان جاء الاولون يعني الاصول فشهدوا بالمعاينة بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنه لايقبل ايضا لان
شهادة هولاء الاصول قد ردها الشرع من وجه برده شهادة الفروع في عين الحادثة التي شهد بها الاصول
اذ هم قايمون مقامهم فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه بالزنا ثم لايحد الشهود لا الاصول ولا الفروع
لان عددهم متكامل فلم تكن شهادتهم قذفا غير انه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهي كافية لدرء
الحد لا لايجابه ولا توجب حد القذف على الشهود **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم حاصل وجوه
رجوع واحد ثلثة اما قبل القضاء او بعده قبل الامضاء او بعده ذكرها المصنف كلها فذكر اولا ما اذا رجع
واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وان حكمه انه وحده يغرم ربع الدية اما غرامة ربع الدية
فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لاتلافه بها ربع النفس حكما
فيضمن بدل الربع وقال الشافعي يجب القتل لا المال بناء على اصله في شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون
قال المصنف وسنبينه في الديات قيل وقعت الحوالة غير رايجة لانه لم يذكره فيه واما حد الراجع وحده
فمذهب علمائنا الثلاثة يحد وقال زفر لايحد لانه ان كان قاذف حي برجوعه فقد بطل بالموت لان حد
القذف لايورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضي وحكمه
برجمه يوجب شبهة في احصانه ولهذا لايحد الباقون اجماعا **قوله** ولنا الى اخره حاصله اختيار
الشق الثاني وهو انه قاذف ميت ثم نفي الشبهة الدارية لحد القذف عنه اما انه قاذف ميت فلان بالرجوع
تنفسخ شهادته فتصير قذفا في الحال لا انه بالرجوع يتبين ان تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين
وقعت كانت معتبرة شهادة غير ان بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا في الحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة
فوقع يقع الان لا انه يتبين انه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشتري البيع مع البيع بعد موت المشتري
يثبت به الملك في الحال للبايع بخلاف ما لو ظهر احدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع
وغيره قذفه لان العبد لاشهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون فانما لايحدون بعد الرجم
عند ظهور احدهم عبدا لانه قذف حيا فمات واما ان كونه مرجوما ليس شبهة في حقه بزعمه واعترافه فاذا
انفسخ ثلاثي فكانه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر
في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره لو قذفه لان القضاء لما كان قايما
في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء
فقال فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم اي بعد القضاء قبل الامضاء حدوا جميعا وقال محمد
وزفر يحد الراجع وحده لان الشهادة تاكدت بالقضاء فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء
قبل الامضاء انما يوثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء ولهما ان الامضاء اي استيفاء
الحد من القضاء وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحمد الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه
قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء ونظيره كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت اسباب الجرح في الشهود
او سقوط احصان المقذوف او عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل
القضاء فقال ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وهو قول الايمة الثلاثة وقال زفر يحد
الراجع خاصة لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا

ولنا ان كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ولم يتصل به لان رجوعه منع من
ذلك فبقي قذفا فيحدون والاولى ان يقال كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة ما دام بصفة ايجابه
القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لايخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله
بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع من الاداء بعد الثلاثة ولا يكون ذلك بكون
الرابع بنسبة الثالث اياه الى الزنا فكذا اذا رجع احدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى **قوله** وان كانوا
خمسة عطف على اول المسئلة ولو شهد اربعة فرجع احدهم اي بعد الرجم لاشيء عليه لاحد ولا غرامة
لانه بقي بعد رجوعه من بقي بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة وهو قول الايمة الاربعة سوى قول
الشافعي في غير الاصح عندهم وان رجع اخر مع الاول حد كل منهما وغرما ربع الدية وللشافعي تفصيل وهو
انهما قالا اخطانا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمساها وفي وجه ربعها كقولنا
ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان اما الحد فلما ذكرنا يعني من الشهادة تنقلب قذفا في الحال فعليهما الحد يعني
عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لا ان رجوع الثاني هو
الموجب للحد واما الغرامة فلانه بقي من يبقى بشهادته ثلثة ارباع الحق والمعتبر في قدر لزوم الغرامة
بقاء من بقي لا رجوع من رجع على ما عرف **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا وزكوا بان قال المزكون هم
احرار مسلمون عدول اما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهروا عبيدا
فاذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كافرا او عبدا فاما ان يستمر المزكون على تزكيتهم قايلين هم احرار
مسلمون فلا شيء عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين وانما طرا كفرهم وان قالوا
اخطانا في ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم تبق لصورة الرجوع التي فيها الخلاف الا ان يقولوا
تعمدنا فقلنا هم احرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففي هذه الصورة قال ابو حنيفة رحمه الله
الدية على المزكين وقال ابو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الايمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول
المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغي بعد قوله اذا رجعوا
عن التزكية لانه يوهم ان في صورة الرجوع الخلافية قولين ان يرجعوا بهذا الوجه او باعم منه وليس
كذلك لنا انهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة او التسبيب وعدم المباشرة ظاهر وكذا
التسبيب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كما لو اثنوا على المشهود
عليه بالاحصان كما لا يضمن شهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا
السبب كذلك لا يضمن المزكون ولابي حنيفة ان الشهود بالزنا انما تصير حجة موجبة للحكم بالرجم على الحاكم
بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة للاتلاف لانها موجبة الشهادة للحكم به وعلة العلة
كالعلة في اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا التغليظ بل الزنا
هو الموجب وعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان
الذي هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ
العقوبة والسبب وضع الكفران في موضع الشكر ثم افاد المصنف انه لا يشترط في التزكية لفظة الشهادة
بان قالوا نشهد انهم احرار الى اخره بل ذلك والاخبار كان يقولوا هم احرار ولهذا لا يشترط مجلس القضاء
اتفاقا ثم لا يشترط العدد في المزكي عند الامام ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين

في سائر الحقوق والاربعة في الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين في الاحصان لا يحد الشهود حد القذف لانهم
قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف واعلم انه وقع في المنظومة قوله على المزكين ضمان من رجم
ان ظهر الشاهد عبدا وعلم واوجبا ضمان هذا المتلف في بيت مال المسلمين فاعرفي وفي المزكين اذا هم رجعوا
كذا وقالا لا عزروا واوجعوا وفي المختلف ما يوافق ما في المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا غير قيد
الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون **قال** في المصفى شرح المنظومة وهنا اشكال هايل فانا ان اولنا
المسئلة بالرجوع يلزم التكرار وان لم نأولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل ان يكون في المسئلة
روايتان ويدل عليه انه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرهنا وفي الشرح خلافه ثم قال
ويحتمل ان يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر المشهود عبيدا او رجع المزكون ايضا
والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر انتهى وعلى هذا
فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط واما تعزيرهم فاتفاق وقولهما
المجمع ولو شهدوا فزكوا فرجم فظهروا او احدهم عبدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال
ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل افاد مجرد الاتفاق على التعزير
فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور لتحقق الخلاف
فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافي بل الاتفاق انه في بيت المال كما سيذكر ولا ينفرد رجوع المزكين بالتضمين
المختلف فيه انه عليهم او على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير ان من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجب
للضمان على الخلاف ولا يذكر في الاصول كالجامع والاصل **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي
برجمه الى اخره استوفى اقسامها في كافي حافظ الدين فقال وان شهد اربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه
فقتله رجل عمدا او خطا بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطا على عاقلته وكذا اذا
قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضي برجمه فقتله رجل عمدا او خطا لا شي عليه وان قتله عمدا
بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا او كفارا او محدودين في قذف فالقياس ان يجب القصاص لانه قتل نفسا
محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر ان الشهود عبيد تبين ان القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل
لم يؤمر به اذ المامور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق امر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا
عليه وفي الاستحسان تجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء
صحيحا فاورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون
وجه تثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة حجة يعني فيقتص منه في العمد
فصار كمن قتل انسانا على ظن انه حربي وعليه علامتهم ثم ظهر انه مسلم وعليه الدية في ماله لانه عمد والعاقلة
لا تعقل العمد ويجب في ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف
ما وجب بالصلح عن القود حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن وما في الكافي
لا خفي بعد ذلك وقوله وان رجم ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل في قوله فضرب
رجل عنقه ويطابق قول السرخسي في المبسوط ما في مبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل
قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية في بيت المال لما ذكرنا يعني في مسئلة الجلاد اذا جرح من قوله
ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة في مالهم كذا هنا اي الرجل القائل بالرجم

بعد امر القاضي بخلاف ما اذا ضرب عنقه ثم ظهروا عبيدا تجب الدية في ماله كما ذكرنا لانه لم يأتمر امره
فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه انفا وهذا يؤيد به على القتل بالسيف ولا يؤيد به هنا لانه لم يخالف **قوله**
واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر اي الى فرجيهما قبلت شهادتهم وبه قال الشافعي في المنصوص
ومالك واحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا
كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد في الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة
تزاد الاحتقان والبكارة في العنة والرد بالعيب والمراة في حق المراة اولى وان لم يوجد ستر ما وراء موضع
الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر التلذذ لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء انه لا تقبل شهادتهم
الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل انه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا النظر يباح للحاجة على ما قلنا
قوله واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم
قال المصنف معناه انه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط اي شرائط الاحصان لان الحكم شرعا
بثبوت النسب منه حكم بالدخول اي يستلزم ذلك ولذا لو طلقها طلقة تعقبه الرجعة ولو كانت غير مدخول
بها بانت بالواحدة الصريحة والغرض انهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت
الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما اولى وعلى كون المعنى ما ذكر المصنف من الغرض وجود
سائر شرائط الاحصان يدخل فيه ان بينهما نكاحا صحيحا فما عن الايمة والشافعي ومالك واحمد من انه
لا يثبت بذلك الاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان الغرض انها امراته لا تكون من وطي
بشبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يسمى طاهرا مؤكدا على وجه الديمومة
والاستقرار كما يفيده قوله وله امراة **قوله** ما لم تكن ولدت له وشهد عليه الى اخره المقصود
من هذه ان الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك واحمد لان المبني مختلف
فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعند زفر ان قبلت الا انه يقول الاحصان شرط في معنى العلة
والشان في اثبات انه في معنى العلة ونفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة تثبت عنده بخلاف
الشرط المحض فاشبهت حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان
على ذمي زنى عبده المسلم وهو محصن انه اعتقه قبل زناه لا تقبل مع ان شهادة اهل الذمة على الذمي
بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة لما ذكرنا من انه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذا كان المقصود
تكميل العقوبة ولزم من اصله هذا وهو انه شرط في معنى العلة انه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده
وعندنا لا يضمنون اذ كان علامة محضة ولنا في نفي انه في معنى العلة ان الاحصان ليس الا عبارة عن
خصال حميدة بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها
مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة والاسباب السيئة فان سببها
المعصية والاحصان بسبب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر
فيستحيل ان تكون في معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا انه تختلف الحكم في حال الاحصان
حكمه الرجم وفي غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا اعني خصوص العقوبة
به والعلامة المحضة فقط لا يكون لها تاثير فلا يكون علة ولا في معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر ان
الواقع ان الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة تظهر ما ثبت بالزنا عند الحاكم فلا يكون سببا

للعقوبة ولا علة جاز ان يدخل في اثباته شهادة النسا كما لو شهدنا مع الرجل بالنكاح في غير هذه الحالة والذي
في غرض اخر لتكميل المرحي تثبت احصانه ثم اتفق ان شهد عليه بالزنا اليس انه يرجم كذا اذا شهدنا بعد ظهور
الزنا به فكما ثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهد
اثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هذا لا يضاف الرجم
بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا بخلاف ما ذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين على
الذمي كشهادتهما عليه بالاعتاق وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكر العبد المسلم اذ يتضرر به فلا ينفذ شهادتهما
عليه الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب ان يشترط في الشهادة به الذكورة كالتزكية عند ابي حنيفة اجيب
بان صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا
مكذب له في سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه في رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار
حق الله والمانع من شهادة النسا ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة فحين ثبت بشهادة الرجال
بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند ابي حنيفة لتضمنه تحريم الفرج **فروع**
من المبسوط شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان فشهد رجلان انه تزوج امراة نكاحا صحيحا ودخل بها
يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهدا انه قربها او اتاها فليس بصريح وهذا لان
الدخول يراد به الجماع ويراد الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما ان الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا
حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنسا قال تعالى من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فلا اجمال فيه فما
كانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد اربعة على الزنا بفلانة واربعة غيرهم شهدوا به بامراة اخرى فرجم
ثم رجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع
كل فريق معتبر في حقهم لا في حق غيرهم فصار في حق كل فريق كان الفريق الاخر ثابت على الشهادة ولهما ان كل فريق اقر
على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفوه بغير حق ولو شهد اربعة
على رجل بالزنا فاقر به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا
كالعدم وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم
لاقراره فيبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة • والله سبحانه وتعالى اعلم •

• باب حد الشرب •

قدم حد الزنا عليه لان سببه اعظم جرما ولذا كان حده اشد واخر عنه حد القذف للتيقن بسببه بخلاف
حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا واخر حد السرقة وان كان اشد لان شرعيته لصيانة اموال
الناس وصيانة الانساب والعقل اكد من صيانة المال ينبغي انه اخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه
جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره **قوله** ومن شرب الخمر فاخذ اي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران
منها ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة او سكران اي جاوا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ
فشهد الشهود عليه بذلك اي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه
يحد والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب ان يثبت عند الحاكم ان الريح كان
حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب او يشهدا به فقط فيامر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره
بان ريحها موجود واما اذا جاوا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد ان يشهدا بالشرب ويقولا اخذناه وريحها

موجود لان مجيهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونه اخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم
خصوصا بعدما حملنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا
لان الحد لا يجب عند ابي حنيفة وابي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني ان يشهدوا بانه
سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا اقر وريحها موجود
لان جنابة الشرب قد ظهرت بالبينة والاقرار ولم يكن بتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله
صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه الى ان قال فان عاد الرابعة فاقتلوه
اخرجه اصحاب السنن الا النساي من حديث معاوية **وروي** من حديث ابي هريرة اذا سكر فاجلدوه
ثم ان سكر الى اخره قال الترمذي سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث ابي صالح عن معاوية اصح من حديث ابي صالح
عن ابي هريرة وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنساي في سننه الكبرى
ثم نسخ القتل **اخرج** النساي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من
شرب الخمر فاجلدوه الى اخره قال ثم اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب في الرابعة فجلده ولم
يقتله وزاد في لفظ فراي المسلمون ان الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار في مسنده عن
ابن اسحق به انه عليه الصلوة والسلام اتي بالنعمان قد شرب الخمر ثلثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة
امر به فجلد الحد فكان نسخا **وروي** ابو داود في سننه قال ثنا احمد بن عبدة الضبي ثنا سفيان قال
الزهري انا قبيصة بن ذويب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة او الرابعة فاقتلوه فاتي برجل قد شرب فجلده ثم اتي به فجلده ورفع
القتل وكانت رخصة قال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول
ابن راشد فقال لهما كونا وافدي اهل العراق بهذا الحديث انتهى وقبيصة في صحبته خلاف واثبات
النسخ بهذا احسن مما اثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرء
مسلم الا باحدى ثلث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن ان يوجه بالنسخ الاجتهادي
اي تعارضا في القتل فرجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض **قوله**
وان اقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه
بعدما ذهب ريحها او ذهب السكر من غيرها لم يحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم
يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير انه اي هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا اي بشهر
او مفوض الى راي القاضي او بشهر وهو المختار وهذا لان التاخير يتحقق بمضي الزمان بلا شك خلاف
الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامه • فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا •
وانكه بوزن امنع ونكهه من بابه اي اظهر رائحة فمه • وقال الاخر سفرجله تحكي ثدي النواهد لها عرف
ذي فسق وصفرة زاهد • فظهر ان رائحة الخمر ما تلتبس بغيرها فلا تناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بذهابها
ولو سلمنا انها لا تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها
بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تاخير الاداء
تاخيرا يعد تفريطا وذلك منتف في تاخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة اجاب المصنف عنه بان اصله
ان اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق ثنا سفيان الثوري

عن يحيى بن عبد الله التيمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران إلى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله
ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه إلى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين
حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه
الطبراني ورواه إسحق بن راهويه أخبرنا جرير بن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بأن محل النزاع
كون الشهادة لا يعمل بها إلا مع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها
لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا إقرار وإنما فيه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والمزمزة التحريك
بعنف والترترة والتلتلة التحريك ومما بين مشائين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا
بعيد مساف الخطو غوج شمردل * تقطع أنفاس المهاري تلاتله أي حركاته * والمساف جمع مسافة والغوج
بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تتقطع تلاتله أنفاس المهاري أنه إذا باراها في السير ظهر في أنفاسها
الضيق والتتابع لما جهدها وإنما فعله لأن بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان مذهبه
ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله
والله لقرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبينا هو يكلمه إذ وجد منه رائحة الخمر فقال
أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب
أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم التهمة
والإقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما بل هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وهو قول للشافعي
ورواية عن أحمد والأصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرنا عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه حد من
وجد منه الرائحة ويترجح لأنه أصح وإذ قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر الحد تاما
وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الأصل في الحدود إذا جاء صاحبها
مقرا أن يرد ويدرأ ما استطيع فكيف يأمر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيحده فإن
صح فتأويله أنه كان رجلا مولعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك وأما قوله ولأن الرائحة من أقوى دلالة
على القرب وإنما يصار إلى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة
مشتبهة بقوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وإنما تشتبه على الجهال فليس بمفيد لأن كونها دليلا
على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لأن القرب يتحقق بصور
كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لأن ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وإنما يصار
إلى التقدير بالزمان عند تعذره عبارة إن أراد أن اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد
هو الصحيح **قوله** وأما الإقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا لا يبطل الإقرار بالتقادم
اتفاقا على ما مر تقريره من أن البطلان للتهمة والإنسان لا يتهم على نفسه وعندهما لا يقام الحد على المقر بالشرب
إلا إذا أقر عند قيام الرائحة لأن حد الشرب ثبت بإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا إجماع إلا برأي ابن مسعود
وقد شرط قيام الرائحة على ما روينا يعني أنه لم يقبل بالحد إلا إذا كان مع الرائحة فينبغي اشتراطه في غيرها بالأصل
لا مضافا إلى لفظ الشرط وأما إضافة ثبوته إلى الإجماع بعد قوله والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام
الحديث فقيل لأنه من الآحاد ومثله لا يثبت الحد والإجماع قطعي ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي وأما قول
الجصاص وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فإن كان المصنف

يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله إياه أو الأصل وإن لم يره أشكل نسبة الإثبات إلى الإجماع وإن علمت
أنه إنما الزم قيامها عنده الحد بلا إقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فإن ادعى أن ذلك كان مع إقراره
فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالإقرار
وأنا أقيم عليه الحد وإن جاء بعد أربعين عاما **قوله** فإن أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران من غيرها
وريح ذلك الشراب يوجد منه وذهبوا إلى مصر فيه الإمام أو مكان بعيد فانقطع ذلك أي الريح قبل
أن ينتهوا به إليه حد في قولهم جميعا لأن التأخير لأجل انقطاعها ببعد المسافة فلا يتهمون في هذا التأخير والأصل
أن قوما شهدوا على عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله إلى المدينة فأقام عليه الحد **قوله**
ومن سكر من النبيذ حد فالحد إنما يتعلق في غير الخمر من الأشربة بالسكر وفي الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الأئمة
الثلاثة كلما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه السلام كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان
ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع أما السماع فتارة بالإسناد لا إلى أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل
وتارة بغير ذلك فمن الأول ما في الصحيحين من حديث ابن عمر نزل تحريم الخمر وهي من خمسة العنب والتمر والعسل
والحنطة والشعير وما في مسلم عنه عليه السلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفي رواية أحمد وابن حبان
في صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام وأما ما يقال إن ابن معين طعن في هذا الحديث فلم يوجد في شيء من كتب
الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفي الصحيحين من حديث أنس كنت ساقي القوم يوم حرمت
الخمر وما شرابهم إلا الفضيخ البسر والتمر **وفي** صحيح البخاري قول عمر رضي الله عنه الخمر ما خامر العقل وإذا
ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الأشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته في الخمر الذي يسمى
الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر كزيد أسد أي في حكمه وكذا الخمر من هاتين
أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاء تنزيلها منزلتها في الاستعمال ومثله كثير في الاستعمالات
اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان إذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أي المحرم
لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد إلا الحكم لا يلزم في التشبيه عموم وجهه
في كل صفة فلا يلزم من هذه الأحاديث ثبوت الحد بالأشربة التي هي غير الخمر بل يصح الحمل المذكور فيها ثبوت
حرمتها في الجملة إما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الأصل يجب المصير إليه عند
الدليل عليه وهو أن الثابت في اللغة من تفسير الخمر بالنيء من ماء العنب إذا اشتد وهذا مما لا يشك فيه من
تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بإيراده ويدل على أن الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول عمر
رضي الله عنه حرمت الخمر وما بالمدينة منها شيء أخرجه البخاري في الصحيح ومعلوم أنه إنما أراد ماء العنب
لثبوت أنه إنما أراد ماء العنب كان بالمدينة غيرها ما ثبت من قول أنس وما شرابهم يومئذ أي يوم حرمت
إلا الفضيخ البسر والتمر فعرف أنه إنما أطلق هو وغيره منه الخمر لغيرها عليها بما هو كان على وجه التشبيه
وأما الاستدلال لا بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذي من حديث عائشة عنه عليه
الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه فملء الكف منه حرام وفي لفظ للترمذي فالحسوة
منه حرام قال الترمذي حديث حسن ورواه ابن حبان في صحيحه وأجود حديث في هذا الباب حديث سعد
ابن أبي وقاص أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائي وابن حبان قال المنذري

لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلي وهو احد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك
ابن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن ابي وقاص وقد احتج بهما الشيخان وحينئذ
فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخير لان صريح هذه الرواية
القليل وما اسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هي الشربة التي اسكرتك اخرجه الدارقطني ضعيف فيه الحجاج
ابن ارطاة وعمار بن مطرف قال وانما هو من قول ابراهيم يعني النخعي واسند الى ابن المبارك انه ذكر له حديث ابن مسعود
هذا فقال حديث باطل على انه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة في تحريم قليل
ما اسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما. وما روي عن ابن مسعود من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها
والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم نعم هو من طرق جيدة هي عن ابن عون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها
والمسكر من كل شراب. وفي لفظ وما اسكر من كل شراب وهذا اولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه
تحريم الشراب المسكر واذا كانت طريقه اقوى وجب ان يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لو ثبت لم يرجح
المنع السابق عليه بل هذا الترجيح في حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل
الا بسمع او قياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما اما خصوصا فمنعوا
ان حرمة الخمر معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه السلام حرمت الخمر بعينها والسكر الى اخره وفيه ما علمت
ثم قوله بعينها ليس معناه ان علة الحرمة عينها بل لعينها حرمت ولذا قال في الحديث قليلها وكثيرها والرواية
المعروفة فيه بالباء لا باللام ولو كان المراد ما ذكرنا وهذا هو مراد المصنف بما ذكره في الاشربة من نفي تعليلها
بالاسكار لانه لم يذكره الا لنفي ان حرمتها مقيدة باسكارها اي لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت
العلة وهي الاسكار او مظنته من الكثير لا ان حرمتها ليست معللة اصلا بل هي معللة بانه رقيق ملذ مطرب
يدعو قليله الى كثيره وان كان العقد وري مصرا على منع التعليل اصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان
الطعام الذي يضر كثيره لا يحرم قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر في كتاب الاشربة ما يفيد ما
ذكرنا فانه قال في جواب الحاق الشافعي حرمة المثلث العنبي بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره
لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو في نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا ان اعتبار دعاية القليل
الى الكثير في الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففي التحقيق الاسكار هو المحرم بابلغ الوجوه لانه الموقع للعداوة
والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلوة واتيان المفاسد من القتل وغيره كما اشار النص الى عليتها وعلى
تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد لا يثبت بالقياس عندهم وهو ما ذكرنا من المنع على العموم
واذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث ابي هريرة
فاذا سكر فاجلدوه الحديث فلو ثبت به حل ما لم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم بموجبه ليس الا ثبوت
الحد بالسكر ثم قد يجب ان يحمل على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفي فائدة التقييد بالسكر لان في الخمر
نحد بالقليل منها بل يوهم عدم التقييد بغيرها انه لا يحد بها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد
منتفيا عند عدم السكر به بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه. ومنها ما روى الدارقطني في سننه ان اعرابيا
شرب من اداوة عمر نبيذا فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابي انما شربته من اداوتك فقال عمر انما جلدناك
على السكر وهو ضعيف بسعيد بن ذي لعوة ضعيف وفيه جهالة. وروى ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا علي
ابن مسهر عن الشيباني عن حسان بن مخارق قال بلغني ان عمر بن الخطاب ساير رجلا في سفر وكان صائما فلما افطر

اهوى الى قربة لعمر معلقة فيها نبيذ فشربه فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له
عمر انا جلدناك لسكرك وفيه بلاغ وهو عندي انقطاع. **واخرج** الدارقطني عن عمران بن داود عن خالد
ابن دينار عن ابي اسحق عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اتي برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن
داود بفتح الواو وفيه مقال. **وروى** الدارقطني في سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبي
ان رجلا شرب من اداوة علي رضي الله عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا عبد الرحيم
ابن سليمان عن مجالد عن الشعبي عن علي بنحوه وقال فضربه ثمانين. **وروى** ابن ابي شيبة ثنا عبد الله
ابن نمير عن حجاج عن ابي عون عن عبد الله بن شداد عن ابن عباس قال في السكر من النبيذ ثمانين فهذه وان
ضعف بعضها فتعدد الطرق يرقيه الى الحسن مع ان الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو في الحد
بالقليل غير ان هذه الادلة كما ترى لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله
ولا حد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد فقد ذكروا
ان ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند ابي حنيفة يعني اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد السكر
منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق سكران منها كالنائم الا ان المصنف في كتاب الاشربة قال وعن محمد في
المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح انه يحد فانه روي عن محمد فيمن
سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك
وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا انتهى وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا
لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن ابي حنيفة وسفيان انهما سئلا فيمن شرب
البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع قال ان كان يعلمه حين شربه ما هو يقع. **قوله** ولا حد على
من وجد منه ريح الخمر او تقاياها لان الرائحة محتملة فلا يثبت مع الاحتمال لما يدرأ بالشبهات وكذا الشرب
قد يكون عن اكراه فوجود عينها في القي لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب واورد عليه انه
قال من قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فينقطع الاحتمال وهنا عكس قال وتكلف بعضهم في
توجيهه بما يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال
على وجه الاستقصاء قال ولقائل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه
المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي ان يحد حينئذ ولم يقل به احد ونقل ايضا
عنه ان التمييز لمن لم يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبني على يقين لا على استدلال وتحرير صاحب
الهداية اثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان انتهى فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى
ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على انه خمر
بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان اي عيان الشرب ثم لا شك
ان كون الشيء محتملا لا ينافي ان يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما فلا ملازمة بين الاحتمال
وعدم الاستدلال عليه بل جاز ان يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع
الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك ان المنظور اليه والمقصود في الموضعين
ثبوت طريق الدرء اما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والقيء فظاهر وطريقه انه
لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية

فلا يثبت الحد معها واما في الموضع الاول فلا شك ان في اثباته اشتراط عدم التقادم لقبول البينة
والاقرار درء كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكاين للدرء الا باعتبار امكان تمييز رايحة الخمر
من غيرها لحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد وفي الاستدلال وان كان ملزوما الشبهة التي ليتمكن من تحصيل
هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما
في ازمنة كثيرة متاخرة بلا رايحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وصح طريقه
مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح في موضعه فدرء الحد في مجرد الرايحة والغي للاحتمال ورد الشهادة
بلا رايحة اذ لا يمكن التمييز الا مع الاحتمال **قوله** ولا يحد السكران حتى يزول عنه السكر تحصيلا للمقصود
الانزجار وهذا باجماع الايمة الاربعة لان غيبوبة العقل او غلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى حكي
ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لرجة بركبتيه لا يبقلهما الا بكلفة
ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض المتاخرين مما رجالبس بصحيح والا فضع
هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى اكلت ما هناك من لحمية هو ولا يلتفت حتى طفيت اوازها بعض
الحاضرين الناسي فلما افاق وجد ما به من جراحة النار البالغة وورمت ركبته ومكث بها مدة الا ان برئ
فعادت بذلك الكي البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول باليتها كانت في الركبتين ثم
لم يستطع اصلا في حال الصحو ان يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من المها ومنظرها واذا كان كذلك فلا
يفيد الحد فايدته الا حال الصحو وتاخير الحد لعذر جايز **قوله** وحد الخمر والسكر اي من غيرها ثمانون
سوطا وهو قول مالك واحمد وفي رواية عن احمد وهو قول الشافعي اربعون الا ان الامام لو راي ان يجلده
ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعين الثمانين باجماع الصحابة **روي** البخاري من حديث السائب
ابن يزيد قال كنا نأتي بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه
بايدينا ونعالنا واردينا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين حتى عتوا وفسقوا جلد ثمانين **واخرج**
مسلم عن انس بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد ابو بكر اربعين فلما كان عمر
ودنا الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف ارى ان يجعله ثمانين
كاخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين **وفي** الموطا ان عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن ابي طالب نرى
ان نجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون وعن مالك رواه
الشافعي ولا مانع من كونه كل من علي وعبد الرحمن بن عوف اشار بذلك فروي الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة
على هذا **واخرج** الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشراب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم بالايدي والنعال والعصي حتى توفي فكان ابو بكر يجلدهم اربعين حتى توفي الى ان قال فقال عمر ماذا
ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الى اخره وروي مسلم عن انس قال اتي النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد
شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله ابو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف
اخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان تكررت واحدة فاخذت اخرى والا فهي
ثمانون ويكون مما راي عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الى
اخره لا ينافي ذلك فان حاصله انه استشار الى اخره لا ينافي ذلك فقد منع اختيارهم على تقرير الثمانين الى انتهى الى
فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قوله وفعله ابو بكر يبعده والا ان مراد ابا بكر جلد ثمانين وما تقدم

بما يفيد ان عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف ابي بكر والله اعلم وقد اخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه
قال ما كنت اقيم على احد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر لانه ان مات وديته لان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا انه امر بضربه فهذه
الاحاديث تفيد انه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلوة والسلام بعدد معين ثم قدره ابو بكر وعمر باربعين
ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم ان يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعيينه
لعلمهم بانه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم راوا اهل
الزمان تغيروا الى نحوه او اكثر على ما تقدم من قول السايب حتى عتوا وفسقوا وعلموا ان الزمان كلما تاخر كان
فساده اكثر فكان ما اجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في امثالهم واما ما روي من جلده
على اربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت
عثمان بن عفان رضي الله عنه اتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل اخر فشهد انه راه شربها وشهد
الاخر انه راه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقياها حتى شربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسن اقم عليه
فقال ول حارها من تولى قارها فقال لعبد الله بن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلد وعلي يعد الى ان بلغ اربعين
قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين وكل سنة وهذا احب الي
قوله ويفرق الضرب على بدنه كما في حد الزنى ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب اعط كل
عضو حقه يعني ما خلا الوجه والراس والفرج وعند ابي يوسف يضرب الراس ايضا وتقدم **قوله** ثم يجرد في
المشهور من الرواية وعن محمد انه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص وجه المشهور انا اظهرنا اي الشرع اظهر
التخفيف مرة بنقصان العدد فلا يعتبر ثانيا بعدم التجريد والا فات المقصود من الانزجار الفوات وتقدم
له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثي للضرورة قلنا الضرورة قد اثرت في النعال
مرة فتكفي مؤونتها اي فلا تخفف مرة اخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان
السفر قد اثر في اسقاط شطر الصلوة فلان يؤثر في تخفيف القراءة اولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما
في الطهارة ان لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده اولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع
الدليل عليه وعدمه **قوله** وان كان عبدا فحده اربعون على ما عرف من ان الرق موثر في تنصيف النعمة
والعقوبة فاذ قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد اربعون ومن قال حده اربعون قال حد العبد عشرون
قوله ومن اقر بشرب الخمر والسكر بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد ثم رجع لم يحد لانه خالص
حق الله تعالى ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا يصح ضم سينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر اما في
حال سكره ولا يعتبر اقرار السكر كما سياتي او بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه **قوله**
ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن ابي يوسف انه يشترط الاقرار مرتين
وقوله سنبينها هناك اي سنبين هذه المسئلة في الشهادة ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال والاعلم
في ذلك خلافا لان فيها شبهة اي في شهادة النساء شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل
وامراتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهد لا مع رجل مع امكان
رجلين صح اجماعا وفيه تهمة الضلال لقوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى والكشاف
اي تضل ان لا تهتدي للشهادة وفي تفسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احديهما الاخرى اي تزيل

نسيانها **قوله** والسكران الذي يحد لسكره من غير الخمر عند ابي حنيفة هو الذي لا يعقل منطقا قليلا
ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة زاد في الفوايد الظهيرية ولا الارض من السما وقالا هو الذي يهذي
ويخلط وبه قال الايمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد ان يكون غالب
كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون حكمه حكم الصحاة في اقراره بالحدود وغير
ذلك لان السكران في العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شي واليه مال اكثر المشايخ واختاروه
للفتوى لان المتعارف اذا كان يهذي سمي سكران وتايد بقول علي اذا سكر هذى ولابي حنيفة رضي الله عنه
انه يوخذ في اسباب الحدود باقصاها درا بدليل الالزام في شهادة الزنا ان يقول كالميل في المكحلة وفي
السرقة بالاخذ من الاحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرء الحد واما في ثبوت الحرمة فما
قالا احتياطا في امر الحد وفي الحرمة وانما اختار واللفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك انه حيث
قال يوخذ في اسباب الحدود باقصاها فقد سلم ان السكر يتحقق قبل الحالة التي عينها وانه تتفاوت
مراتبه وكل مرتبة هي سكر والحد انما انيط في الدليل الذي اثبت حد السكر بما سمي سكرا لا بالمرتبة الاخيرة
منه على ان الحالة التي ذكر قلما يصل اليها سكران فيودي الى عدم الحد بالسكر وقوله ما دون ذلك لا يعرى
عن شبهة الصحو ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا
شبهة صحو وما معه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة في انه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد
فالمعتبر ثبوت الشبهة في سكره في نفي الحد لا ثبوت شبهة صحوه وعرف مما ذكر ان من استدل لابي حنيفة رحمه الله
بهذه الاية على ان السكر هو ان لا يعقل مطلقا الى اخره عرف في الخطا لانها في علي واصحابه ولم يصل
سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من انهم ادركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهي تفيد ضد قوله
واما قوله تعالى حتى تعلموا الاية فانما اطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بان يعلموا جميع ما يقولون
خشية ان يبدلوا بعض ما يقولون وليس فيه ان مراتب السكر كذا وكذا بل ان وصل الى ذلك الحد الذي
كان فيه سكرانا وكون المقدار الذي هو سبب الحد ما هو لا تعرض له بوجه وقول المصنف والشافعي
يعتبر في ظهور اثره في مشيته وحركاته يفيد ان المراد من الاجماع في قوله والمعتبر في القدح المسكر ما قاله
بالاجماع الاجماع المذهبي والا لم يكن للشافعي قول اخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه فلا يصح نحو الاعلام
وفيه نظر فان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر اصلا ولا يخفى انه
ليس بلازم من نقل قول الشافعي في تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل ان الشافعي يحد بالسكر بل الحاصل انه
لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعي ومفصلا عن الامام اي هو باعتبار اقصاه
الحد هو اقصاه وباعتبار مجرد الحرمة هو ما ذكرتم وجاز ان يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر وانما فسره
باعتبار اخر كان حلف بطلاق او عتاق ليشربن حتى يسكر فيحد ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك
ثم ابطله بان هذا يتفاوت اي لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويترنح في مشيه وسكران وما لا ينضبط لا
ينضبط به ولان الذي وقع في كلام علي رضي الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار الاقوال لا التمشي حيث قال اذا
سكر هذى الى اخره وروى بشر عن ابي يوسف اعتبار السكر بقراءة قل يا ايها الكافرون ولا شك ان المراد ممن
يحفظ القران او كان يحفظها فيما حفظ منه من لا يدرسها اصلا قال بشر انه قال لابي يوسف كيف امرتها
من بين السور فربما غلط فيها العاقل قال لان الله بين ان الذي يعجز عن قراتها سكران يعني به ما في الترمذي

عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر
منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرات قل يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون
قال فانزل الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلاة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغي ان
يعول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرا قل
يا ايها الكافرون يقول لا احسنها الان بل يندفع قاريا فيقد لها الى الكفر ولا ينبغي ان يلزم احد بطريق ما ذكر
ما هو كفر وان لم يواخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف
عليه بل له طريق معلوم هي ما ذكرنا وقوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى لم يحسنها لا يوجب قصر
المعرف عليه **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه اي بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب
والسرقة الا انه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا في حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو
ويقطع وانما لا يعتبر اقراره في حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم ان السكران لا يثبت على شي
وذلك الاقرار من الاشيا والاقوال التي يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بانه
رجع عنه هذا مع زيادة شبهة انه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فيندري
عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مواخذ به لان غاية الامر ان يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل
هذا والذي ينبغي ان يعتبر في السكر الذي لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول ابي حنيفة قولهما فيتفقوا عليه
في التحريم لانه ادرى للحدود منه لو اعتبر كقوله فيه ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد
والسكران كالصاحي فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه ادخل الافة على نفسه فاذا اقر بالقذف سكران
حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغي ان يكون معناه انه اقر بالقذف سكرانا
وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة او مطلقا على الخلاف في الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فمجرد سكره
لا يحد باقراره بالسكر وكذا يواخذ بالاقرار بسبب القصاص وساير الحقوق من المال والطلاق والعتاق
وغيرها لانها لا تقبل الرجوع **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين امراته لان الكفر من باب الاعتقاد او الاستخفاف
وباعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف
لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضي ان السكران الذي لا تبين امراته هو الذي لا يعقل منطقا الكل عند
ابي حنيفة في حده والظاهر انه كقولهما ولذا لم ينقل خلاف في انه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع انهما لم يفسرا
السكران بغير ما نقلناه عنهما فوجهه ان ابا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك في السكران احتياطا للدرء
الحد ولا شك انه يجب ان يحتاط في عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان في المسالة وجوه كثيرة توجب التكفير
ووجه واحد يمنعه على المفتي ان يميل اليه ويبني عليه فلو اعتبر في اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر
اقصى السكر كان لا احتياط التكفير لانه يكفر في جميع ما قبل تلك الحالة هذا في حق الحكم اما فيما بينه وبين الله
تعالى فان كان في الواقع قصد ان يتكلم ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار يخالف للشرع
فان الشارع اعتبر ذكره كما حتى خاطبه في حال سكره وذلك لان **قوله** لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى
يتضمن خطاب السكارى لانه في حال سكره مخاطب بان لا يقربها لذلك والا جاز له قربانها ولم يعلم ما يقول
لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة اصلا فهو خطاب للصاحي ان لا يقربها اذا سكر فالامتثال
مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل ذكر شي ما او لا كالنايم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك

ان يحقق الخطاب عليه ولادرك ليس عقوبة اذ تلزم الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا
في حق الردة حتى لا يكفر لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار يخالف لاعتبار الشرع في حقه قلنا ثبت من
الشرع ما يقتضي انه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه في اصل الدين رحمة عليه
في تلك الخاصة وذلك لحديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القاري مع اسقاط لفظة لا من قل
يا ايها الكافرون ولا شك ان ذلك السكر الذي كان بهم لم يكن بحيث لا درك اصلا الا ترى انهم ادركوا وجوب
الصلوة وقاموا الى الاداء فعلمنا ان الشارع رحمه في اصل الدين وعاقبه في فروعه ولهذا صححنا اسلامه
ولولا هذا الحديث لقلنا بردته وان لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران اسلاما وبما ذكرنا يعرف صحة
التفصيل الذي ذكرناه وهو ان هذا السكران الذي وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى اقصى السكر ان كان
عن غير قصد اليها كما قرا على قل يا ايها الكافرون بغير لا فليس بكافر عند الله ولا في الحكم وان كان مدركا لها قاصدا
مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره في القضاء لان القاضي لا يدري
من حاله الا انه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله اعلم

باب حد القذف

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمي بالشي وفي الشرع الرمي بالزنا
وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المومنات لعنوا في الدنيا
والاخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله
قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله واكل الربا واكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف
المحصنات المومنات الغافلات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من اقام الصلوات الخمس واجتنب
السبع الكبائر نودي يوم القيامة ليدخل من اي ابواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به
بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا والمراد الرمي بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصي غيره لا يجب الحد بل التعزير
وفي النص اشارة اليه اي الى ان المراد الزنا وهو اشتراط اربعة من الشهود يشهدون عليها بما رماها به
ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شي يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة اربعة الا الزنى ثم ثبت وجوب
جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص للقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار
ما نسب اليه بالتاثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت اهلية الاجتهاد **قوله** اذا قذف الرجل رجلا
محصنا او امراة محصنة بصريح الزنا بان قال زنيت او يا زاني وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين
سوطا ان كان القاذف حرا وان كان عبدا حده اربعين سوطا شرط الاحصان في المقذوف وهو ان يكون حرا عاقلا
بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن احمد لا يشترط البلوغ بل كون
المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف الصحيح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن ابي ليلى يحد بقذف الذمية
اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسياتي الوجه عليه وقوله بصريح الزنا احتراز عن القذف
بالكناية كما لو صدقت لمن قال يا زاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال اشهد انك زان فقال الاخر
وانا اشهد لا يحد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وانا اشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك
وبقوله زنيت ثم قال بعدما قطع كلامه وانت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لبستاني يا زانية

او ابي فانه لا يحد وبه قال الشافعي واحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن ابي صالح وقال مالك وهو رواية
عن احمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي
انه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله
فانا رايناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة واباح التعريض فقال ولا تواعدوهن سرا وقال
ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز ان
يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في دريه واما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم
الحد للذي قال يا رسول الله ان امراتي ولدت غلاما اسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف
متوقف على الدعوى والمراة لم تدع ذلك وقد اورد ان الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف
وورده باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات **واجيب** بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت
مقتضى كالثابت بالعبارة والجواب لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيظهر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد
لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد ان يكون بصريح الزنا بين ان يكون بالعربي او النبطي او الفارسي
او غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار او بعير او ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الى اخره بخلاف ما
لو قال زنيت بناقة او اتان او ثوب او دراهم حيث يحد لان معناه يصلح زنيت واخذت البدل
اذ لا يصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قيل هذا الرجل لا يحد لانه ليس العرف في جانبه اخذ المال
ولو قال زنيت وانت صغيرة او جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ
الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في **قوله** يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله اشهد في
رجل انك زان لانه حاك لقذف غيره ولا بقوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس او ازنى الزناة لان افعل
في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكانه قال انت اعلم به وسياتي خلافه في فروع نذكرها واما اشتراط
مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فطالبة من يقع القدح في نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف
بمفهوم الصفة وهو معتبر **واورد** ينبغي ان لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى **فالجواب**
ان حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو
الرتقا والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال ان يصدقه
لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحاق الشين الا بنفسه **ولو قال** لرجل يا زانية لا يحد استحسانا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد والشافعي رحمهما الله يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له
كما في علامة ونسابة **ولهما** انه مارماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكما لو قال انت محل للزنا لان
دخول التاء للمبالغة مجاز بل المعهود لها من التانيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامراة
يا زاني حد عندهم لان الترخيم شايع ويفرق على اعضايه لما مر في حد الزنا **قوله** ولا يجرد من ثيابه
الا في قول مالك لان سببه وهو النسبة الى الزنا كذبا غير مقطوع به لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن
البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود او للمقر به والمعلوم لنا هنا نفس القذف وايجاب الحد
ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة او حكما بعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم ياتوا بالشهداء
فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاتيان
بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل اما عند العجز فانه هو تشنيع ولقلة تقابل عليها بلا فائدة

بخلاف حد الزنا غير انه ينزع عنه الفرو والحشو اي الثوب المحشو لانه يمنع وصول الالم اليه ومقتضاه
انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر انه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو
او قريبا منه وايصال الالم الذي يصلح زاجرا **قوله** والاحصان ان يكون المقذوف حرا الى اخره قدمنا
ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف او شهادة رجلين او رجل وامراتين خلافا
لزفر وتقدمت فان انكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم انها محصنة وكذا
اذا انكر الحرية يجب حدا لارقا القول قوله ولا يحد كالاحرار الا ان يقيم المقذوف بينة انه حر ولو كان القاذف
يعلم حريته حد ثم تائبين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز اما اشتراط الحرية فلانه يطلق على اسم
الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الحراير فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه
محصنا بمعنى اخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه يوجب كونه
محصنا من وجه درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي اطلق عليها لفظ الاحصان
الا ما اجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة او كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه
وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء اي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم
ولا شك ان الاحصان اطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا احصن قال ابن مسعود
اسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلوة
والسلام من اشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنى قال تعالى والذين
يرمون المحصنات والمراد بهن العفايف واما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن احمد ان الصبي الذي
يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها
خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد بعلة الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كالصبي والمجنون
يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا ربما يضحك من القايل للصبي وللمجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما
لعدم خطابهما بالحرمات ولو فرض لحوق عار لمراهق فليس لحاقا على الكمال فيندرئ وهذا اولى من تعليل
المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه مؤول بان المراد بالزنى المؤثم والا فهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما
الوطي في غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنى مؤثم صاحبه وبه يندفع الايراد القايل
اذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغي ان يحد قاذف مجنون في حالة جنونه لكنه لا يحد وان كان قذفه حين افاقة ٥
واما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار
اخر فهو صدق وحد القذف للفرية لا للصدق وفي شرح الطحاوي في العفة قال لم يكن وطي امراة بالزنا
ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد
على قاذفه وكذا لو وطي في غير الملك او وطي جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطيها في
الملك الا انه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة موقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطي امراة في الحيض او منه
المجوسية لا تسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطي امته وهي اخته من الرضاعة
ولو مس امراة بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها او امها لا يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما ولو وطي
امراة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة
في بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقها يصححون نكاحها **قوله** ومن نفى نسب غيره فقال له لست لابيك

فانه يحد وهذا اذا كانت امه حرة مسلمة وكذا اقتصر الحاكم في الكافي وعلله في الهداية بانه في الحقيقة
قذف لامه وكانه قال امه زانية لانه اذا كان لغير ابيه ولا نكاح كذلك الغير كان عن زنا بها معه فيل
نقل هذا كان الاولى ان يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرايط الاحصان واورد عليه انه يجوز ان
لا يكون ثابت النسب من ابيه ولا يكون امه زانية بان كانت موطوءة بشبهة او نكاح فاسد الجواب المراد
انك لست لابيك الذي ولدت من مايه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الام زنت مع صاحب الماء
الذي ولد هو منه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره وحاصله ان نفي نسبه
عن ابيه يستلزم كون ابيه زانيا لان النسب انما ينفى عن الزاني فلزم ان امه زنت مع ابيه فجاءت به من الزنا
ولا يخفى انه ليس بلازم لجواز كون ابيه زنا بامه مكرهة او نايمة ولا يثبت نسبه من ابيه ولا يكون قاذفا لامه
فالوجه اثباته بالاجماع وهذا ابنا على الحكم بعدم ارادة الاب الذي يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا
شك في هذه والا كانت بمعنى المسلة التي تليها وهي التي يرد عليها السوال المذكور وجوابه ما سيجي
وحمل بعضهم وجوب الحد في هذه على ما اذا كان قوله ذلك في حال الغضب والسباب بدليل المسلة التي تليها
واذن يختلف المراد بلفظة الاب على هذا التقدير فانه اذا كان في غير حالة الغضب فانما يراد بالاب المشهور
فيكون النفي مجازا عن نفي المشابهة في محاسن الاخلاق **قوله** ومن قال لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه
الذي يدعى اليه يحد ولو قال في غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به حقيقة اي حقيقة نفيه عن
ابيه لانه حال سب وشتم وفي غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به في محاسن اخلاقه ولا يخفى ان في حالة
الغضب ليس نسبة امه الى الزنا امرا لازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره بشبهة او نكاح فاسد
كالتي قبلها فثبوت الحد به بمعونة قراين الاحوال ولهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا ولهذا ذكر في المبسوط
ان في الاولى الحد استحسان باثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم في الكافي من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود
انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه ثم حملوا الاثر على النفي حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدم
لم ينفه عن ابيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص في شيء اذ ليس قذفا وانما يكون تخصيصا لو كان قذفا
اخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لا نحده في قوله لست بابن فلان في
حالة الغضب مقتصرا باعتبار انه قذف امه واذا نفى نسبه عن امه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها
فكيف يحد هذا واما اذا قال يا ولد الزنا او يا ابن الزنا فلا ينافي فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما لو
قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامراته يا خليلة فلان لا يحد ولا يعزر **قوله** ولو قال لست
بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق في كلامه وكذا لو قال انت ابن فلان يعني جده هو صادق ولانه
قذف ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض اصحابنا ابن ابي حاج وابي حاج حدث وكذا لو قال انت ابن فلان
لعمه او خاله او زوج امه لا يحد لان كلا منهم اطلق عليه اسم الاب كما ياتي واعلم ان قوله لست ابن فلان لابيه
المعروف له معنى مجازي هو نفي المشابهة ومعنى حقيقي هو نفي كونه من مايه مع زنى الام به او عدمه بل الشبهة في
ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فمعه يراد نفي كونه من مايه
مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازي وقوله لست بابن فلان لجده له معنى مجازي هو نفي مشابهته
لجده ومعنيان حقيقي وهو نفي كونه مخلوقا من مايه او اخر هو نفي كونه ابا اعلى له وهو يصدق بصورتين نفي كون
ابيه خلق من مايه بل زنت جدته به او جاءت به بشبهة وكل هذه المعاني يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب

احدها بعينه في الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره في السباب بان امه جاءت
به بغير زنا بل بشبهة فيجب ان يحكم ايضا بتعيين الغضب في المعنى الثاني الذي هو نفي نسب ابيه عنه وقد
حدثه به فانه لا معنى لاخباره في حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته ابعد في الارادة
من ان يراد نفي ابوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا تخلص الا ان يكون فيها اجماع على نفي الحد
بلا تفصيل كما ان في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له انت ابن فلان لغير ابيه ولا حد مع انه ليس ابنه
لانه صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصورة
في الكتاب لكنها هنا انسب **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحد
فاذا طالب به حد القاذف ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد
وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا لهما معنى فلذلك يثبت لهما
حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة
لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند الياس من مطالبته وذلك بان يكون ميتا فلذا لو كان
المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن ابي ليلى ولانه يجوز ان يصدقه الغائب وما
ذكرنا من ان حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه ابو الليث وفي فتاوى قاضي خان رجل قذف ميتا
فلولده وولد ولده ووالده ان ياخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سوا في ظاهر الرواية ولا
ياخذه بذلك الاخ ولا العم ولا الاجداد الاب ولا ام الام ولا العمة ولا المولاه وعند الشافعي ومالك رحمهما الله
ايضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده وفي فتاوى القاضي قال محمد لكل من يرثه ويورث منه
ان ياخذ القاذف ويحده انتهى وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية فيمن يرثه ثلثة اوجه احدها
ان يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم وعندنا
ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد
بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا اخيه
كما لا يلحقه النفع بانتفاع اخيه ولعلم الشرع بذلك اجاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخ المقذوف ولا لعمه
وخاله المطالبة بحد القاذف ولم يجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له ولهذا اعني
لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل او الرق او الكفر فلقاتل
ابيه ان يطالب قاذفه بعد قتله حد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا او كافرا خلافا لزفر ويثبت لولد
بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت للابعد مع وجود الاقرب وكذا يثبت لولد الولد
حق المطالبة مع وجود الولد خلافا لزفر ولو عفى بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله
خلافا لمحمد يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها ان نسبه الى ابيه وهو اجنبي عن جده لانه
بدليل انه لم يدخل في لفظة ولد الولد ولذا الوقف على اولاده واولاد اولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر
الرواية وجه الظاهر عنهما ولا يمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا
وهو على تقدير التسليم ان المبنى مختلف لان مبنى ثبوت حق الخصومة في حد القذف ثبوت الجزئية المستلزمة
لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الاخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد الابن من قولنا اولاد فلان
لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف وصار كالوصية لاولاد اولاد فلان لا يدخل اولاد بناته

لهذا وجه قول زفر ان ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد كولد المقذوف معه واعتبره
بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع ان ما يلحق الاقرب
فوق ما يلحق الابعد بل كل ما ينسب الى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الاخر لاتحاد الجهة
والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا والالحاق به دون ولده وولد ولده
واما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم
ترتيبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم ان حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد
بقذف جده وجدته انما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضي خان اذا قال لجده
زان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله
انت ابن الزانية لانه قاذف لجدته الادنى فان كانت محصنة حد **قوله** واذا كان المقذوف
محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد ان يطالب بالحد خلافا لزفر ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا
كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف
هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه وليس الحد الان والمطالبة به لاجل امه اذ ليس
طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية امره ان يجعل كانه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقذوف
بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط ولنا انه اي
القاذف عيره بقذف محصن هي امه او ابوه فيؤخذ بالحد وهذا لان الاحصان في المقذوف قصدا وهو الذي
ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا ثم يرجع هذا التعيير
الكامل الى ولده فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا الخلافة ثم يترتب على المطالبة
اقامة الحد حقا لله تعالى والكفر لا ينافي اهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذف نفسه لعدم احصانه
فلم يقع التعيير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان
حيا كانت المطالبة له او ميتا طالب به اصله او فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه **قوله**
وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة اي التي قذفها في حال موتها ولا للابن ان يطالب اباه وان علا
بقذف امه الحرة المسلمة التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة او قال
لابنه او لابن ابنه وان سفل بعد وفاة امه وهو قول ابي ثور وابن المنذر لاطلاق الاية فاجلدوهم ولانه حد
هو حق الله ولا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب
عقوبة ابيه مع قوله تعالى ولا تقل لهما اف والجواب بان الاطلاق والعموم مخرج منه على سبيل المعارضة
بقوله تعالى ولا تقل لهما اف والمانع مقدم ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا يقطع بسرقته فانتقضت
علته بالحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل لنا عموم الاية اعني قوله تعالى ولا تقل لهما اف وقوله عليه
الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده واما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب
في المسروق فلا يرد على مالك رحمه الله نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على
نفس الولد يوجب اهدارها في عرضه بطريق اولى مع ان القصاص متمحض بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف
حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع لسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا
يقاد الوالد بولده وقول المصنف لان المولى لا يعاقب بسبب عبده استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد

الولد

لسيده بقذف امه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز ان يعاقب بسبب حق نفسه **قوله** ولو كان لها اي لزوجته
الميته اي التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبه باجماع الايمة الاربعة
لان لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق احدهما مانع دون الاخر فيعمل المقتضي عمله في الاخر وكذا لو كان جماعة
يستحقون المطالبة فعفى احدهم كان للاخر المطالبة به بخلاف عفو احد مستحقي القصاص يمنع استيفاء الاخر لان
القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فاسقاط احدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور
تجزيه اما ههنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط احدهما **فرع** يجوز
التوكيل باثبات الحدود من الغايب في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان
خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع انه لا يصح باستيفاء الحد والقصاص
لانها عقوبة تندرء بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال انه عفى او ان المقذوف
تصدق القاذف او كذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب
لا يسقط الحد فمع احتماله اولى **قوله** ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل
ولو مات بعد ما اقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده فيرث الوارث الباقي
فيقام له وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف
وهو الذي ينتفع به على الخصوص كالقصاص فمن هذا الوجه اي من هذا الدليل هو حق العبد ثم نعلم انه شرع
زاجرا وعنه سمي حدا والمقصد من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا اية حق الشرع اذ لم يختص
بهذا انسان دون غيره وبكل من حق الله وحق العبد في حد القذف تشهد الاحكام فباعتباره حقا للعبد
شرطنا الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم ووجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه
في ايام قضائه ولذا لو قذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضي ثم ولي القضاء ليس له ان
يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار
به وباعتباره حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا
يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف
لا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن اهدار مقتضى احديهما لزم اعتبارهما فيه فيثبت
ان فيه الحقين الا ان الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا
الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاؤه مولاه فيصير حق العبد مرعيا بتغليب حق الشرع لا مهدرا ولا
كذلك عكسه اي لو غلب حق العبد لزم ان لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك
لا يجوز الا بدليل نصبه الشرع على انابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى
كان هو الذي يستوفيه كساير الحدود التي هي حقه تعالى على ما قدمنا من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف
في هذا الاصل تفرعت فروع اخرى يختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها الشاهدة لكل من ثبوت الجهتين منها الارث
عنده يورث وعندنا لا يورث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى اي انما يرث العبد حق
العبد بشرط كونه مالا او ما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيا منها فيبطل
بالموت اذ لم يثبت دليل سمعي على استخلاف الشرع وارثه من جعل له حق المطالبه او وصية في المطالبه التي جعلها
شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفى المقذوف عن القاذف

لا يصح منه وبحد عندنا ويصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوتهما الا ان يقول المقذوف
لم تقذفني او كذب شهودي وحينئذ يظهر ان القذف لم يقع موجبا للحد لا انه وقع ثم سقط بقوله ذلك
وهذا كما اذا صدقه المقذوف فانه يبطل المعنى ظهور ان القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن
القصاص يسقطه بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال
مالك وعنده يجوز وهو قول احمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرارا
او قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم فحد ففي اثناء الحد
ادعى اخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن ابي يوسف في العفو مثل قول الشافعي
وهو انه يصح عفو المقذوف **قوله** ومن اصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الى اخره
ما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة
الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام ابو اليسر الى ان المغلب فيه حق العبد كقول
الشافعي وخرج الاحكام المختلف فيها على غير ذلك اما توجيه ان حق العبد غالب فلان اكثر الاحكام تنبني عليه
والمعقول يشهد له وهو ان العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل ان حد القذف حق العبد
كالقصاص واما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل احد لا يهتدي الى الضرب الواجب اولانه
ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو
كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمنا وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه
فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضي بالعار عار وهذا كما ترى تخريج لبعض
الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى ان كون المقذوف ينتفع به على الخصوص
ممنوع بل فيه صيانة اعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة اعراض بعضهم عن بعض على العموم وان
العفو لا يستلزم الرضي بالعار بل قد لا يرضى الانسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه
انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينبغي ان يعفو فلا يفعل ذلك اصلا وما ذكرنا في ترجيح تغليب
حق الله اوجه مما في الجارية ان شاء الله تعالى وقول محمد ان وقع في موضع انه حق الناس فقد وقع في اخر
انه حق الله تعالى **قوله** ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان المقذوف فيه حقا فيكذبه
في الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه فيقبل رجوعه واما التعليل بانه
بالاقرار الحق الشين بالغير وبالرجوع يريد ان يبطل حق الغير فالمعنى انه اثبت حق الغير ثم يريد ان يبطله
فلا يقبل منه ويشكل عليه الرجوع في الاقرار بحق الله تعالى وكونه الحق الشين لا اثر له بل الحاصل انه لما
الحق الشين ثبت حق الادمي فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تاثيره في اثبات حق الادمي ليس غير ثم امتناع
الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير **قوله** ومن قال لعربي يا نبطي او قال لست بعربي لا يحد
وكذا اذا قال لست من بني فلان وقال مالك رحمه الله يحد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يا ادومي لعربي
او فارسي او يا فارسي لرومي او عربي او يا ابن الخياط وليس في ابائه خياط يحد قلنا العرف في مثله ان يراد
نفي المشابهة في الاخلاق او عدم الفصاحة واما قذف امه او جدة من جداته لابيه فلا يخطر بالبال وكذا
اطلقوا نفي الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب او الرضى وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما
يشتم به فاذا لم يتعارف مثله في القذف اصلا يجعل في الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطي قد يراد

النسبة الى المكان على ما قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما لو قال يا رستاقي
يا ريفي في عرفنا اي يا قروي لاحد به وقال الفقيه ابو الليث النبطي رجل من غير العرب **قوله** ومن قال
لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف وكذا اذا قال يا ابن مزيقيا او يا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد
المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثه الغطريف الازدي لانه في وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء
السماء عطا وجودا ومزيقيا لقب به ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره ان يعود الى لبسهما
ويكره ان يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب ان يكون قول القايل يا ابن مزيقيا للذم بالبتر
والاعجاب لكن عرف العامة في مثله انه جود وقد لقب بماء السماء ايضا للحسن والصفا وبه لقبت ام المنذر
ابن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير ولازمت الملوك من آل نصر وبعدهم
بني ماء السماء وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه واما جلا فقد استعمل
مرادا به انسانا في قول سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني وكلام سيبويه يفيد
انه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هنا فعل ماض كانه قال انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف واما قول
القلاخ انا القلاخ ابن جناب بن جلا فيحتمل كونه علما للابا وكونه وصفا ايضا ثم انه انما يراد به التشبيه في
كشف الشدايد واماطه المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر انه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعني
وهو معروف به كان قذفا في حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمي به وان كان للسخا او الصفا
فينبغي في حالة الغضب ان يحمل على لكن جواب المسئلة مطلقا فالجواب انه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد
يمكن ان يجعل المراد به في حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا في قوله لست بعربي لما لم يستعمل في النفي يحمل في
حالة الغضب على سبه بنفي الشجاعة والسخاوة عنه ليس غير **قوله** وان نسبه لعمه او خاله او زوج امه فليس
بقاذف لان كل واحد من هولاء يسمى ابا فالاول وهو تسمية العم ابا فلقوله تعالى واله ابائك ابراهيم
واسماعيل واسحق واسماعيل كان عما له اي ليعقوب عليهم الصلاة والسلام والثاني فلقوله عليه الصلوة
والسلام الخال اب قال هو غريب غير ان في كتاب الفردوس لابي شجاع الديلمي عن عبد الله مرفوعا الخال والد من
لا والد له والثالث للتربية وقيل في قوله تعالى ان ابني من اهلي انه كان ابن امراته **قوله** ومن قال
لغيره زنأت في الجبل وقال عنيت صعدت الجبل والحال انه حالة الغضب وسيظهر ان هذا القيد مراد
لا يصدق ويحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة
من العرب وارق الى الخيرات زنأ في الجبل والزنا وان كان يهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر
الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها
اشبه ابا امك او اشبه عمل بر بيد عملي ولا تكونن كهلوف وكل يصبح في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات
زنأ في الجبل واما على قول شارح اصلاح المنطق فقال انما هي لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذه من يدها
وقال اشبه ابا امك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقري اي كن مثل ابي امك او مثل على حذف
المضاف اليه والمراد كن مثل ابي امك او مثلي وكان ابو امه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبي
وامه منفوسه بنت زيد الفوارس قال فاخذته امه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن
اباك اما ابي فلن تنال ذا كان تقصر عن مناله يداكا والهلوف بكسر الها وتشديد اللام مفتوحة الثقيل
والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر في النهاية قوله او اشبه حمل بالجيم وقال اسم رجل

هو ابو حي من العرب وهو حمل بن سعد والوكل العيال على غيره ولما انه يستعمل في الفاحشة مهموزا ايضا على
ما اسلفنا لان من العرب من يهمز الملين اي اللين في غير التقاء الساكنين كقول العجاج وخندف هامة
هذا العالم ومنه قوله صبرا فقد هيجت شوق المشتاق لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز واما
نحو قطع الله اديه اي يديه فالتمثيل به بناء على ان المراد بحرف اللين او الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على
انه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزوا في الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال دأبة وشأبة
وقرأ ولا الضألين شاذ واذا كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب
تعين الفاحشة مرادا وهذا ما ذكرنا من انه سيظهر ارادة قيد الغضب في جواب المسئلة فكان كما لو قال
يا زاني او زنأت فانه يحد اتفاقا **وقوله** وذكر الجبل يعين الصعود مرادا قلنا انما يعين ذلك اذا كان
مقرونا بكلمة على فيقال زنأت على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنأت في الجبل بمعنى صعدت ذكره
في الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم ان المراد فيه ليس الا الصعود وهو يلغظ في بل الجواب منع ذكر
الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع في الجبل اي في بعض بطونه وعلى الجبل اي فوقه كما قد تقع على
سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقي الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة
بقرينة حال السباب والمخاصمة ولو قال زنأت على الجبل والباقي بحاله اي في حال الغضب قيل لا يحد لما
قلنا آنفا ان ذكر لفظه على يعين كون المراد الصعود وقيل يحد للمعنى الذي ذكرناه وهو حالة الغضب
والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب ان في حالة الرضا لا يحد اذ لا
يجب بالشك بل لا داعي فالظاهر عدم ارادة السب **قوله** ومن قال لاخر يا زاني فقال له الاخر لا بل انت
فانهما يحدان اذا طالب كل منهما الاخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الاخر واثبت ما طالب به عند الحاكم لزم
حينئذ حق الله وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث
فقال انت تكافأ ولا يعزر كل منهما للاخر لان التعزير حق الادمي وقد وجب له عليه مثل ما وجب للاخر
فتساقطا اما كون الاول قاذفا فظاهر واما الثاني فلان معناه لا بل انت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد
هو خاصة لانه قاذف بقوله بل انت والحر وان كان قاذفا ايضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف
اذ هي يعني كلمة بل عطف يستدرك بها الغلط يعني في التراكيب لا استعماله فيصير الخبر المذكور في الاول
اي في التركيب الاول اذا كان خبرا مذكورا في الثاني فاذا قال زيد قاما وقام زيد لا بل عمرو فقد وضع
عمرو في التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتاخر او المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول
لفظ يا زاني بل هو اعطا النظير معنى اي هي كما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير واصفا للمتكلم الاول بما وصفه
به معنى لان يا زاني في معنى ادعوك وانت زان **قوله** ومن قال لامراته يا زانية فقالت لا بل انت حدت
المراة خاصة اذا ترافعا ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب
عليها والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفي تقديم احدهما اسقاط الاخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان
قايم مقام الحد فهو في معناه وبتقديم حد المراة يبطل اللعان لانها تصير محدودة في قذف واللعان لا
يجري بين المحدودة في القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود في القذف وبتقديم اللعان
لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجري على الملاعنة ولهذا لو قال لها يا زانية بنت الزانية فخاصمته
الام تحد سقط اللعان لانه شهادة ولو خاصمته المراة او لا عز القاضي بينهما فاذا خاصمته الام بعده

حد للقذف فقدمنا الحد درأ للعان الذي هو في معناه ولو كانت قالت في جواب قوله يا زانية زنيت بك
فلا حد ولا لعان لوقوع الشك في كل منهما لانه يحتمل انها ارادت الزنا قبل النكاح فيكون قد صدقته
في نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا قوله والعدام
منه اي لانعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان ويحتمل انها ارادت زناي ما كان من تمكيني اياك
بعد النكاح وهذا كلام يجري بين الزوجين في العادة يجري مجرى مجاز المشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة
مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن اطلق عليه اسمه للمشاكلة حين ذكر
معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون
اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد بتعين احد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك في كل من وجوب اللعان
والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله فجاء ما قلنا اي من انه لا حد ولا لعان ولولا ان مثل قولها
معلوم الوقوع من المراة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا لقذفها اياه
اذ النسبة الى الزنا ينصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعي في مسئلة الكتاب ان تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار
بالزنا ولم ترد قذفه ويكفي يمين واحد في وجه على الزوج الحد دونها لان هذا منهما ليس اقرارا صحيحا بالزنا
ونقولنا قال احمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان
وهذا ظاهر قوله ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفي بعده صار قاذفا
لزوجته فيلاعن وان نفاه اولا ثم اقر به قبل اللعان يحد لانه لما اكذب نفسه بطل اللعان الذي كان وجب بنفيه
للولد لان اللعان حد ضروري يصير اليه ضرورة التكاذب بين الزوجين في زنا الزوجة والاصل فيه اي في
اللعان ما هو الا حد القذف لانه قذفها فاذا بطل الخلف ببطلان التكاذب يصير الى الاصل فيحد الرجل
وقوله وفيه خلاف ذكرناه في اللعان الذي ذكره في اللعان انه اذا اكذب نفسه بعد اللعان بنفي الولد ونفى
القاضي حده القاضي وحل له ان يتزوجها وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف
هو تحريم مؤبد وقوله والولد ولده في الوجهين اي فيما اذا اقر بالولد ثم نفاه وفيما اذا نفاه اولا ثم اقر به
لاقراره به سابقا فيثبت ولا ينتفي بما بعده ولاحقا في الثانية فيثبت به بعد النفي وقوله واللعان يصح بدون
قطع النسب الى اخره جواب سؤال هو ان يقال ان سبب اللعان ليس الا نفي الولد فاذا لم ينتف كيف يجب اللعان
فيقال ليس من ضرورة اللعان بنفي الولد قطع النسب الا ترى انه لو نفاه بعدما تطاولت المدة بعد الولادة
فانه يلاعن ولا ينقطع النسب كما يصح بلا ولد اصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك ينقطع
نسبه واما انه لو نفى نسب ولد امرأته الآيسة فانه ينتفي النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب
من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له في الجواب قوله وان قال اي الزوج الذي جاءت زوجته بولد ليس بابني ولا
بابنك فلا حد ولا لعان لانه اذا انكر انه ابنها انكر الولادة فكان نفي كونه ابنه لنفي ولادتها اياه ونفي ولادتها
لا يصير قاذفا لانه انكار للزنا منها قوله ومن قذف امرأة معها اولاد لم يعرف لهم اب او قذف الملاعنة
بولد والولد حي وقت القذف او ميتا فلا حد عليه اما لو قذف ولد الملاعنة نفسه او ولد الزنا فانه يحد
ولو انه بعد اللعان ادعى الولد فحد او لم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف
غيره او هو قبل موته حد ولا حد الذي قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه
وهو ينكر ثبت النسب منه وحد ومن قذفها بعد ذلك حد لانها خرجت عن صورة الزواني ولو قذفها الزوج

فرافعته واقامت بينة انه اكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او معاينة وجه
عدم الحد في ذات الاولاد قيام امارة الزنا منها وهي ولادة ولد لا اب له ففاتت العفة نظرا اليها
اي الى الامارة وهي اي العفة شرط واعلم انه ان صح ما رواه الامام احمد وابو داود في حديث هلال
ابن امية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا ترمى ولدها ومن رماها
او رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه احمد ايضا من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم في ولد المتلاعنين انه يرث امه وترثه امه ومن رماها به جلد ثمانين ومن دعاه ولد
زنا جلد ثمانين اشكل على المذهب والايمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة
بلا ولد ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان
قائم مقام حد الزنا في حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها اجيب بانه قائم مقام حد الزنا
بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهي محصنة في حق غيره الا ترى ان اللعان في حقه قائم مقام حد القذف
بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف في ذلك الا ان للشافعية في وجه انه اذا
قذفها اجنبي بذلك الزنا الذي لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه ان لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان
لكن المنصوص في الاصل انه يحد بل الحق انها لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا في حقها
انما يقتضي ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله ليس كذلك لانه لا يجب
الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته ليسقط احصانها وانما هو لتشفي الصادق منهما حيث يتضاعف
به على الكاذب عذابه بان يضاف الى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالايمان الغموسة او يضاف ذلك
الى عذاب الاثم او القذف بخلاف ما اذا كان بنفي الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجب ذلك وقد اول
قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف في حقه ظاهر غير محتاج الى
تاويل واما الجانب الاخر ففيه تساهل لا يرتفع ورود السؤال الا ما هو بناء على انه كلام حقيقي على ظاهره
وليس كذلك فلا ورود له قوله ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة
وهو شرط الاحصان شبهها بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو مجموع امور العفة احدها
فهي جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة ولان القاذف صادق لان الوطء في غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر
على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه او ابهم اما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك
بل المنصوص ان من قذف زانيا لا حد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه او بزنا اخر او ابهم نص عليه
في اصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن ابي ليلى وجه قولنا ان النص انما اوجب الحد على من رمى المحصنات
ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم واذن بعد التوبة قد يعزر والاصل فيما يعرف به الوطء المحرم
الذي يسقط الاحصان والوطء المحرم الذي لا يسقطه ان من وطئ وطئا حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه
على قاذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فرية وهو الموجب
للحد وان كان وطئ وطئا محرما لغيره يحد قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم لعينه
هو الوطء في غير الملك من كل وجه كوطء الحرة الاجنبية والمكرهة اعني ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط
احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من ان يكون زنا فلذا يسقط احصانها
كما يسقط احصان المكره الواطئ ذكره في المبسوط وامة غيره او من وجه كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره

وكذا الوطي في الملك والحرمة مؤبدة كوطي امته التي هي اخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة
المزوجة والامة المجوسية ووطي امته الاختين او الزوجة في حالة الحيض او النفاس كالحرمة لغيره وابو حنيفة
يشترط في ثبوت حد القاذف للواطي في الحرمة المؤبدة كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع كموطوءة ابيه
بالنكاح او بملك اليمين لو تزوجها الابن او اشتراها فوطيها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امراتين لا يحل له الجمع
بينهما في عقده او جمع بين اختين وطيا بملك يمين او نكاح او بين امراة وعمتها او خالتها او تزوج امة على حرة او معها
في العقد فوطي الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امراة او مسها مع شهوة بحيث انتشر معه ثم
تزوج بنتها او امها او اشتراها فوطيها حد قاذفه عند ابي حنيفة وهو قول الايمة الثلثة ولا حد عندهما
لتابيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية ابنه فوطيها يسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا
مختلف بين العلما وابو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان يثبت بقياس او احتياط كثبوتها
بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة المسبب مقام السبب احتياطا فهي حرمة ضعيفة لا ينتفي بها
الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم
فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطي الابن جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله او بالحديث المشهور
مثاله حرمة وطي المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف
فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطي امته التي هي خالته من الرضاع او عمته لقوله عليه الصلوة والسلام يحرم من
الرضاع ما يحرم من النسب **قوله** بيانه شروع في تفريع فروع اخرى على الاصل اذا قذف رجلا وطي جارية
مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه فالقاذف صادق من وجه فيندرئ الحد للشبهة
المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة في الاقرار الاول لا يعمل هنا فانه لما
لم يقارنه بل وقع متاخرا والغرض ان بالاقرار تقرر حق ادمي لم يعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد
تقرر حق لادمي لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا في اسقاط الحد **قوله** وكذا اذا قذف امراة زنت
في نصرانيتها او رجلا زنى في نصرانيته فانه لا حد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان في نصرانيتها بان
قال زنيت وانت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنا وهو عبد زنيت وانت عبد لا حد كما لو قال قذفتك بالزنا
وانت مكاتبة او امة فلا حد عليه لانه انما اقر انه قذفها في حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حد لان الزنا
تحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا خلافا للرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا
فرق بين من بحيث من يقام عليه الحد ولا حتى ان الكافر الحربي اذا زنى في دار الحرب ثم اسلم فقذفه لا يحد
لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا
ولو قذف رجلا اتى امته وهي مجوسية او مزوجة او المشتراة شراء فاسدا او امراته وهي حايض او مظاهر منها
او صايمة صوم فرض وهو عالم بصومها او مكاتبته فعليه الحد لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف
النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلهذا يسقط احصانه بالوطي فيه فلا يحد قاذفه لان الحرمة في كل من هذه
النظاير مؤقتة مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم فانهم غير ملومين بخلاف الملك الفاسد لا يثبت فيه الملك فلهذا يسقط احصانه بالوطي
فيه فلا يحد قاذفه وعن ابي يوسف ان وطي المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زايل في حق الوطي
ولهذا يلزم بالسبب العقر لها ولو بقي الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطي امته المجوسية والحايض ونحن نقول

ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطي انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت
الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة لغيره اذ هي مؤقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن
اذا وطي امته المرهونة وهي بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره في المبسوط ولو قذف رجلا وطي
امته وهي اخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة وقوله وهذا هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي فانه يقول
بوطيها لا يسقط الاحصان وهو قول مالك واحمد والشافعي رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطي امته المجوسية
وجه الصحيح ان الحرمة في المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة اما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها
فلم يكن المحل قابلا للحل اصلا فكيف يجعل لغيره **قوله** ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن
الشبهة في شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة في انه مات حرا او عبدا فاورث شبهة في احصانه
وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الاحصان **قوله** ولو قذف مجوسيا تزوج بامه
الى اخره يعني لو تزوج مجوسي بامه او بنته ثم اسلم ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال اسلامه يحد عند
ابي حنيفة بناء على ما مر من ان لنكاحهم لها حكم الصحة عند ابي حنيفة وقالا لا يحد بناء على ان ليس لها حكم الصحة
وقولهما قول الايمة الثلاثة وقد مر في كتاب النكاح في باب نكاح اهل الشرك **قوله** واذا دخل الحربي
دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في ان لا يوذي
فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يوذي وفي بعض النسخ طمع ان لا يوذى فكان ملتزما موجب اذاه وهو الحد
قوله واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده
خلافا للشافعي رحمه الله فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتايب من الشرب وغيره من المعاصي وهي خلافية
تعرف في الشهادات ان شاء الله تعالى **قوله** واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على اهل الذمة وهذا
لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فرد شهادته عليهم فان اسلم
قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد لان النص يوجب
رد شهادته القايمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم
اسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة ابدا والردة ما زادته الا شرا فبالاسلام لم تحدث له
شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على اهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي ان لا
تقبل بعد الاسلام على اهل الذمة لانها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه اخرى
نافعة على الكل لا على اهل الاسلام فقط او على المسلمين وبتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف
ثم اعتق فانه لا يقبل له شهادة ابدا لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للقذف وقد وجب الحد عليه وهو
برد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد ما حدث له من الشهادة بعد العتق لهذا وللقايل ان يقول ان
مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة او قايمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا
لهم شهادة ابدا والحادثة شهادة واقعة في الابد فمقتضى النص ردها والجواب ان التكليف بما في الوسع
فحينئذ كلف برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادته قايمة ان كانت والا فما حدث فاذا كان
له شهادة قايمة فردت تحقق الامتثال وتم فلو حدثت اخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب اخذ
مقتضاه **قوله** وان ضرب يعني الكافر سوطا في حده ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته لان رد الشهادة
متمم للحد فيكون صفة له اي للحد والمقام بعد الاسلام بعض الحد وبعض الشيء ليس بحد له فلم يكن رد

الشهادة صفة له وعن ابي يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول اصح لما ذكرنا وعرف انه لو
اقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم اسلم واقيم الباقي تقبل شهادته عند ابي يوسف ايضا واورد عليه كان المقام
بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغي ان لا يكون صفة وايضا جعله صفة لما اقيم
بعد الاسلام اولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الاخر اجيب بان النص ورد
بالامر بالجلد والنهي عن القبول ولم يرتب احدهما مرتبا على الاخر فيتعلق بفعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادته
قايمة للحال فيتقيد النهي به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفة له بل يتقرر به اخر واصل هذا
ما ذكر في الاصل والمبسوط قال لا يسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عبدا لانه قال والحد
لا يتجزى فما دونه يكون تعزيرا لا حدا والتعزير غير مسقط للشهادة قال وفي هذه المسئلة عن ابي حنيفة ثلث
روايات احديها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا اقيم عليه اكثر الحد سقطت اقامة للاكثر مقام الكل وهي
التي ذكرها المصنف عن ابي يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلثة
النصراني اذا اقيم عليه بعض الحد ثم اسلم على ما ذكر في الجامع الصغير **قوله** ومن زنى او شرب او قذف غير مرة
فحد فهو لذلك كله سواء قذف واحدا مرارا او جماعة بكلمة كقوله انتم زناة او بكلمات كان يقول يا فلان
انت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر اخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان القذف
قبل ان يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور كلهم فلا يحد ثانيا الا بقذف اخر مستانف وحكي ان ابن ابي ليلى
سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين في المسجد فبلغ ابا حنيفة فقال يا للعجب لقاضي بلدنا اخطا في مسئلة
واحدة في خمس مواضع احده بدون طلب المقذوف والثاني انه لو خاصم وجب حد واحد والثالث فيه ان كان
الواجب عنده حدين ينبغي ان يتربص بينهما يوما او اكثر حتى يخف اثر الضرب الاول والرابع ضربه في المسجد والخامس
ينبغي ان يتعرف ان والديه في الاحياء اولا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع
التداخل انه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف اخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد
للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذي بقي وسنذكر منه ايضا في فروع نختم بها وقوله غير
مرة يتعلق بكل واحد من الثلاثة اي من زنى غير مرة او شرب غير مرة او قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما
سبق منه وعند الشافعي ان قذف جماعة بكلمة فكذلك في قول وان قذفهم بكلمات او قذف واحدا مرات بزنا اخر
يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيف ما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي
والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس واحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه انفا
واحتجا بان مقتضى الاية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره علما وعرفا وفي الجديد للشافعي لا
يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق ادمي ولنا ما ذكره من قوله اما الاولان وهو كل من الزنا
والشرب فلان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى الانزجار عن فعله في المستقبل واحتمال حصوله بالحد الواحد
المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد قائم فيتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني والحدود
تدرء بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد اخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب
عما استدل به ان الاجماع لما كان على درء الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الاية من التكرر عند التكرر
بالتكرر الواقع بعد الحد الاول بل هذا ضروري فانا علمنا ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الائمة ولا يتعلق
بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم اعم من كونه بوصف

الكثرة او القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا للجلد ثمانين او ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع
الامتثال ثم هو ايضا ترك مقتضى التكرار بالتكرر فيما اذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا
يحده مرتين وفي حد الزنى والشرب فالحق ان الاستدلال له بالاية لا يخلصه فانه يلجى الى ترك مثلها من اية
حد الزنا فيعود الى ان هذا حق ادمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق الله او حق ادمي مما ذكر المصنف
واصوب **وقوله** واما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما لا حاجة الى الخلافية بل عين الدليل
المذكور يجري فيه وهو انه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى المقصود الانزجار عن الاعراض فيحيا فيتمكن
شبهة الى اخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير وقوله بخلاف ما اذا زنا وقذف وسرق
ثم اخذ يعني وثبت الاسباب عند الحاكم حيث يجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس
اسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة
الاعراض وثبت كل خطاب بخصه فلو وجدنا في الخمر والقذف حدا واحدا اعطلنا نصا من النصوص عن
موجبه **فروع** ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقوء عين رجل يبدأ بالقصاص
في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برا اخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برا فالامام بالخيار
ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب
اخرها لانه اضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سنه وكلما اقام
عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو تخلى سبيله ربما هرب فيصير الامام مضيعا للحدود وهو منهي عن ذلك
وان كان محصنا اقتص منه في العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى
ومتى اجتمعت الحد وحق الله تعالى وفيها قتل لغير قتل وترك ما سوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود
وابن عباس والمعنى ان المقصود الزجر له ولغيره واتم ما يكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بما دونه
لا يفيد الا انه يضمنه السرقة لو اتلفها لانه وجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد
فلهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد في المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضي ان اراد ان يقام
بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام في الغامدية او يبعث امينا كما فعل عليه الصلاة
والسلام في ماعز ولا يستحلف في القذف اذا انكره ولا في شيء من الحدود لانه ليقضي بالنكول وهو ممتنع في
الحدود لان النكول اما بذل والبذل لا يكون في الحدود او قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام
غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف في السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال
ولا يقطع لان حقيقة السرقة اخذ المال بقيد فيحلف على اخذ المال لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضى بموجب
الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامراتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا اقام المقذوف
بينة بالقذف سالهما القاضي عن القذف ما هو وعن خصوص ما قال لان الرمي بغير الزنا قد يظن قذفا
فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا انه قال يا زاني وهم عدول حد
فان لم يعرف القاضي عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب ما لا يحل من اعراض الناس
فيحبس لهذه التهمة ولا يكفله على ما تقدم في الزنا فارجع اليه ولا يكفل في شيء من الحدود والقصاص
في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول ولهذا حبسه ابو حنيفة وفي قول ابي يوسف الاخر وهو قول محمد يؤخذ
منه الكفيل فلهذا لا يحبس عندهما في دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحد ولا

النيابة لا تجري في ابقايهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الايفاء وهذا لا يتحقق في شي من الحدود والقصاص فاما اخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند ابي حنيفة اذا زعم المقذوف ان له بينة حاضرة في المصر فكذلك لا يوخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى اخر المجلس فانه احضر بينة والا خلا سبيله وعند ابي يوسف ومحمد ياخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة ايام وكذا لا حد القذف في الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفي اخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعي من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وابو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود تحتاط في درئها لا اثباتها وكان ابو بكر الرازي يقول مراد ابي حنيفة ان القاضي لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه به فلا باس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل في الكفالة بالنفس انما يطلب لهذا القدر فاما ان اقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضي بالعدالة فهو كما لو لم يقم احدا الا بملازمة الى اخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال لي شاهد اخر يومين او ثلثة هذا المقدار استحسان وهذا كله عند ابي حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس في الحد وعندهما ياخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف في المكان والزمان لا تبطل شهادتهما عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تمنع قبول الشهادة لان انشاء سبب موجب للحد فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقضى به كما لو اختلفا في اقراره بالقذف وانشائه له وابو حنيفة يقول القذف قول قد يكرر فيكون الحكم الثاني حكم الاول فلا يختلف المشهود به باختلافهما في المكان والزمان كالطلاق والعتاق وهذا هو القياس في الانشاء والاقرار الا اني استحسن هناك لان حكم الاقرار بالقذف يخالف حكم الانشاء بدليل ان من تزوج امراة ثم اقر انه كان قذفها قبل النكاح عليه الحد ولو قذفها في الحال كان عليه اللعان ولو اختلفوا في اللغة التي وقع القذف بها من العربية والفارسية وغيرها بطلت شهادتهم لان عند اختلاف اللغة يتمكن الاختلاف في الصراحة ونحوها وكذا لو شهد احدهما انه قال يا ابن الزانية والاخر لست لابيك ولو شهد احدهما انه قذفه يوم الخميس والاخر انه اقر انه قذفه يوم الخميس لا حد ولا تقبل في اثبات القذف كتاب القاضي الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة ولو قال القاذف بعد ثبوت القذف عند القاضي عندي بينة تصدق قولي اجل مقدار قيام القاضي من مجلسه من غير ان يطلق عنه ويقال له ابعث الى شهودك وذكر ابن رستم عن محمد انه يكن له من يأتي بهم يطلق عنه ويبعث معه بواحد من شرطه ليرد عليه وفي ظاهر الرواية لم يلتفت الى هذا لان سبب وجوب الحد ظهر عند القاضي فلا يكون له ان يوخر الحد لما فيه من الضرر على المقذوف بتاخير دفع العار عنه والى اخر المجلس قليلا لا يتضرر كالتاخير الى ان يحضر الجلاد وعن ابي يوسف يستانى به الى المجلس الثاني لان القذف موجب للحد بشرط عجزه عن اقامة اربعة والعجز لا يتحقق الا بالامهال كالمدعى عليه اذا ادعى طعنا في الشهود يمهل الى المجلس الثاني وجوابه ما قلنا وعرف انه لا يقبل منه الا اربعة فلو جاء بثلاثة حد هو والثلاثة قال تعالى ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم فان شهد رجلان او رجل وامراتان على اقرار المقذوف بالزنا يدرء عن القاذف الحد وعن الثلاثة لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة فكانا سمعنا اقراره بالزنا الا ان المعتبر في الاقرار اسقاط الحد لا اقامته لان ذلك لا يمكنه ولو كثرت الشهود ولو زنا المقذوف قبل ان يقام الحد على القاذف او وطي وطئا حراما على ما ذكرنا او ارتد سقط الحد عن القاذف ولو اسلم بعد ذلك لان احصان المقذوف شرط فلا بد من وجوده عند اقامة الحد وكذا اذا خرس او عمي ولكن لا يزول الاحصانه

بل ليتمكن شبهة انه لو كان ناطقا صدقه ولا يلعن القاضي الشهود ما تتم به شهادتهم في الحدود حد الخمر تقدم ان قوله انت ازنى من فلان او ازنى الناس لا حد عليه وهو من المبسوط وفي فتاوى قاضيخان قال انت ازنى الناس او ازنى من فلان عليه الحد ولو قال انت ازنى مني لا حد عليه ولو قال لها يا زانية فقالت انا زنيت بك حد الرجل وحدها ولو قال لامراته ما رايت زانية خيرا منك لا حد عليه وكذا لو قال لامراة وطئك فلان وطئا حراما او فجر بك او جامعك حراما لا حد عليه وكذا اذا قال اخبرت انك زان او اشهدت على ذلك ولو قال زنيت وفلان معك يكون قاذفا لهما لان العادة ان لا معية حالة الزنا فانصرف الى معية الفعل دون الحضور ومن قال لست لابويك لا يكون قاذفا وهو ظاهر لست لابنا ان لست لرجل لم يكن رجل قذف ولده او ولد ولده لا حد عليه ولو قذف اباه او امه او اخاه او عمه حد قال لرجل قل لفلان يا زاني فان قال الرسول للمرسل اليه فلان يقول يا زاني لا حد على الرسول ولا على المرسل وان قال له يا زاني حد الرسول خاصة ولو قذف ميتة فصدقه ابنها ليس له ان يطالب بعد ذلك ولو قال يا ابن الحجام يا ابن الحائك لا حد ولو قال لرجل يا صبي لا حد عليه لانه تلطف وكذا يا ابن النصراني يا ابن اليهودي وفي الخلاصة عن مجموع النوازل رجل قال في مبيت لم يشرب الخمر ولم يزن فقال اخر همه كردست لم يحد لانه ليس باشارة الى هذه الافعال ولو قال اين همه كرده است فكذلك لانه لم يسمه ولم يكنه ولو قال وي اين همه كردات يكون قذفا ومعنى الاول فعل الكل ومعنى الثاني فعل هذه كلها ومعنى الثالث هو فعل هذه كلها وفي الفتاوى قال لرجلين احدكما زان ان قيل له هذا هو لاحدهما فقال لا لا حد عليه لان اصل القذف لم يقع موجبا ولو قال لجماعة كلكم زان الا واحدا يجب عليه الحد لان القذف فيه موجب للحد فكان لكل واحد ان يدعي ما لم يعين المستثنى ومن فروع تداخل حد القذف ما ذكره المصنف في التجنيس عبد قذف حرا فاعتق فقذف آخر فاجتمعا ضرب ثمانين ولو جاء الاول فضرب اربعين ثم جاء به الاخر تمم له الثمانين لان الاربعين وقع لهما فيبقى الباقي اربعين ولو قذف آخر قبل ان ياتي به الثاني الثمانون يكون لهما جميعا ولا يضرب ثمانين مستانفا لان ما بقي تمامه حد الاقرار فجاز ان يدخل فيه الاخر وهذا ما وعدناه ولو قال لامراة يا روسبي يحد بخلاف ما لو قال يا قحبه فانه يعزر

فصل في التعزير

لما قدم الحدود المقدرة بالنصوص القاطعة وهي اكد اتبعها التعزير الذي هو دونها في المقدار والدليل والتعزير تاديب دون الحد واصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب قال الله تعالى واضربوهن فان اطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا امر بضرب الزوجات تاديبا وتهذيبا وفي الكافي عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن اهلك وروي انه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وفي المحيط روي عنه عليه الصلاة والسلام قال رحم الله امرا علق سوطه حيث يراه اهله واقوى من هذه الاحاديث قوله عليه السلام لا يجلد فوق عشرة الا في حد وسيأتي وقوله واضربوهم على تركها لعشر في الصبيان فهذا دليل شرعية التعزير واجمع عليه الصحابة وبالمعنى وهو ان الزجر عن الافعال السيئة كلا تصير ملكات فيتعسر ويتدرج الى ما هو اقبح والحد واجب وذكر التمرتاشي عن السرخسي انه ليس فيه شي مقدر بل مفوض الى راي القاضي لان المقصود منه الزجر واحوال الناس مختلفة فيه فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم باللطمة والى الضرب ومنهم من يحتاج الى الحبس وفي الشافي التعزير على مراتب تعزير اشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو ان يقول له القاضي انك تفعل كذا فينزجر به وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر

الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقة بالجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا
كله وبالضرب وعن ابي يوسف يجوز التعزير للسلطان باخذ المال وعندهما وباقي الايمة الثلاثة لا يجوز وما
في الخلاصة سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي ذلك او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر
الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول ابي يوسف وقال الزيلعي يجوز التعزير
الذي يجب حقا لله تعالى وسئل ابو جعفر الهندواني عن من وجد رجلا مع امراة ايحل له قتله قال ان كان
يعلم انه ينزجر عن الزنا بالصياح والضرب بما دون السلاح لا يقتله وان علم انه لا ينزجر الا بالقتل حل له قتله
وان طاوعته المراة يحل قتلها ايضا وهذا تنصيص على ان الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا
وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب ازالة المنكر باليد والشارع ولى كل احد ذلك حيث قال من راى منكم
فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت توليتها الا للولاة وبخلاف التعزير
الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا ان يحكما فيه ثم التعزير
فيما شرع فيه التعزير اذا راه الامام واجب وهو قول مالك واحمد وعند الشافعي ليس بواجب لما روي ان رجلا
جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم وقال اني لقيت امراة فاصبت منها ما دون ان اطاها فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم اصليت معنا قال نعم فتلا عليه ان الحسنات يذهبن السيات وقال في الانصار اقبلوا
من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم في الحكم الذي حكم به للزبير في سقي
ارضه فلم يروا في عرضه ان كان ابن عمتك فغضب صلى الله عليه وسلم ولم يعزره ولنا ان ما كان منصوصا
عليه من التعزير كما في وطي جارية امراته او جارية مشتركة يجب امتثال الامر فيه وما لم يكن منصوصا عليه
اذا راى الامام بعد مجانبة هوى نفسه المصلحة او علم انه لا ينزجر الا به وجب لانه زاجر مشروع لحق الله
تعالى فوجب كالحد وما علم انه انزجر بدونه لا يجب وهو محمل حديث الذي ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم
ما اصاب من المراة فانه لم يذكره للنبي صلى الله عليه وسلم الا وهو نادم منزجر لانه ذكره له ليستعلم الاثم
بموجبه ليفعل معه واما حديث الزبير فالتعزير لحق ادمي هو النبي صلى الله عليه وسلم ويجوز تركه وفي
فتاوي قاضي خان التعزير حق العبد كساير حقوقه يجوز فيه الابراء والعفو والشهادة على الشهادة ويجري
فيه اليمين يعني اذا انكر انه سبه يحلف ويقضي بالنكول ولا يخفى على احد انه ينقسم الى ما هو حق العبد وحق الله
حق العبد لا شك انه يجري فيه ما ذكر واما ما وجب منه حقا لله تعالى فقد ذكرنا انفا انه يجب على الامام
ولا يحل له تركه الا فيما علم انه انزجر الفاعل قبل ذلك ثم يجب ان يتفرع عليه انه يجوز اثباته بمدع شهد به
فيكون مدعيا شاهدا اذا كان معه اخر فان قلت في فتاوي قاضي خان وغيره ان كان المدعى عليه ذا مروة
وكان اول ما فعل يوعظ استحسانا فلا يعزر فان عاد وتكرر منه روي عن ابي حنيفة انه يضرب وهذا يجب ان
يكون في حقوق الله تعالى فان حقوق العباد لا يتمكن القاضي فيها من اسقاط التعزير قلت يمكن ان يكون محله قلت
يمكن ان يكون من حقوق الله تعالى ولا مناقضة لانه اذا كان ذا مروة فقد حصل تعزيره بالجر الى باب القاضي
والدعوى فلا يكون مسقطا لحق الله سبحانه وتعالى في التعزير وقوله ولا يعزر يعني بالضرب في اول مرة
فان عاد عزره حينئذ بالضرب ويمكن كون محله حق ادمي من الشتم وهو من تعزيره بما ذكرنا وقد روي عن محمد في
الرجل يشتم الناس ان كان له مروة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان سبابا ضرب وحبس يعني الذي دون
ذلك والمروة عندي في الدين والصلاح قوله ومن قذف عبدا او امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر

بالاجماع الا على قول داود في العبد فانه يحد به وقول ابن المسيب في الغنية التي لها ولد مسلم قال يحد به
وانما عزر لانه اذى بهذا الكلام جناية قذف وقد امتنع وجوب الحد على القاذف لفقد الاحصان فوجب التعزير
وكذا اذا قذف مسلما بغير الزنا فقال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث او يا سارق ومثله يا لص او يا فاجر
او يا زنديق يا منبوح يا ابن القحبة يا قرطبان يا من يعمل عمل قوم لوط يا لوطي او قال انت تلعب بالصبيان يا اكل الربا
يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خاين يا ماوي الزواني يا ماوي اللصوص يا منافق يا يهودي يعزر هكذا
مطلقا في فتاوي قاضي خان وذكره الناطفي وقيده بما اذا قاله لرجل صالح اما لو قال لفاسق يا فاسق او
للص يا لص او للفاجر يا فاجر لا شي عليه والتعليل يفيده لك وهو قولنا انه اذاه بما الحق به من الشين فان ذلك
انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذه اما من علم فان الشين قد الحقه هو بنفسه قبل قول القايل وقيل في
يا لوطي يسال عن نيته ان اراد انه من قوم لوط فلا شي عليه وان اراد به يعمل عملهم عزر وعلى قول ابي حنيفة ومحمد
يحد والصحيح انه يعزر ان كان في غضب قلنا وهزل من تعود بالهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان بهيمة او بهيمة
عزر قال المصنف الا انه يبلغ بالتعزير غايته في الجناية الاولى وهو ما اذا قذف غير المحصن بالزنا لانه من جنس ما
يجب به الحد وهو الرمي بالزنا وفي الثانية وهو ما اذا قذفه بغير الزنا من المعاصي الراي الى الامام قوله
ولو قال يا حمار او يا خنزير لم يعزر لانه لم ينسبه الى شين معصية ولم يتعلق به شين اصلا بل انما الحق الشين
بنفسه حيث كان كذبه ظاهرا ومثله يا بقر يا ثور يا حية يا تيس يا قرد يا ذيب يا حجام يا بغا يا ولد الحرام يا
عيار يا ناكس يا منكوس يا مسخرة يا ضحكة يا كشخان يا ابله يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه
ليس كذلك يا كلب يا رستاقي يا مواجر يا موسوس لم يعزر والحق ما قاله بعض اصحابنا انه يعزر في الكشخان
اذ قيل انه قريب من معنى القرطبان والديوث والمراد به وبالقرطبان في العرف الرجل الذي يدخل الرجال على
امراته ومثله في عرف ديار مصر والشام المعرص والقواد وعدم التعزير في الكلب والخنزير ونحوهما هو
ظاهر الرواية عن علماينا الثلاثة واختار الهندواني انه يعزر به وهو قول الايمة الثلاثة لان هذه الالفاظ
تذكر للشتيمة في عرفنا وفي فتاوي قاضي خان في يا كلب لا يعزر قال وعن الفقيه ابي جعفر انه يعزر لانه يعد شتيمة
ثم قال والصحيح انه لا يعزر لانه كاذب قطعا انتهى وفي المبسوط ان العرب لا تعده شتيمة ولهذا يسمون بكلب وذيب
وذكر قاضي خان عن امالي ابي يوسف في يا خنزير يا حمار يعزر ثم قال وفي رواية محمد لا يعزر وهو الصحيح والمصنف استحسن
التعزير اذا كان المخاطب من الاشراف فحصلت ثلثة المذهب وهو ظاهر الرواية لا يعزر مطلقا واختار الهندواني
يعزر مطلقا والمفصل بين كون المخاطب من الاشراف فيحد قايله او لا فلا ويعزر في يا ساحر وفي يا قذر وقيل وفي
يا بليد وانا اظن انه يشبه يا ابله ولم يعزر واتبه قوله والتعزير اكثره تسعة وثلثون سوطا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يبلغ به خمسة وسبعون سوطا والاصل في نقصه عن الحدود قوله عليه السلام
من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين ذكر البيهقي ان المحفوظ انه مرسل واخرجه عن خالد بن الوليد عن النعمان
ابن بشير ورواه ابن ماجة في فوايده ثنا محمد بن حصين الاصبحي ثنا عمر بن علي المقدمي ثنا مسعر عن خالد بن الوليد
ابن عبد الرحمن عن النعمن بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث ورواه محمد بن الحسن
في كتاب الاثار مرسلا فقال اخبرنا مسعر بن كدام اخبرني الوليد ابو الوليد بن عثمن عن الضحاك بن مزاحم
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ الحديث والمرسل عندنا حجة موجبة للعمل وعند اكثر اهل العلم
واذا ثبت ان لا يبلغ به حدا فابو حنيفة ومحمد نظرا الى صرافة عموم النكرة في النفي فصرفاه الى منتهاه عن حد الارقاء

لان الاربعين يصدق عليها حد فلا يبلغ اليها بالنص المذكور خصوصا والمحل محل احتياط في الدرء وابو يوسف اعتبر
اقل حدود الاحرار لان الاصل الحرية ثم تنقص سوطا في رواية هشام عنه وهو قول زفر وهو القياس لانه بقدر
عليه قولنا ليس حدا فيكون من افراد المسكوت عن النهي عنه وفي ظاهر الرواية عنه خمسة وسبعون قيل وليس فيه
معنى معقول وذكر ان سبب اختلاف الرواية عنه انه امر في تعزير رجل بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا
باصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة فظن الذي كان عنده انه امر بخمسة
وسبعين وانما امر بتسعة وسبعين قال وروي مثله عن عمر يعني خمسة وسبعون وليس بصحيح ونقل عن ابي الليث
قال قيل ان ابا يوسف اخذ النصف من حد الاحرار واكثره مائة والنصف من حد العبيد واكثره خمسون فحصل
خمسة وسبعون ومنع صحة اعتبار هذا الاخذ وهذا الايضاح بعد ان اثره عن علي كما ذكر في الكتاب من
قلد عليا فيه وكونه لا يعقل يؤكده اذ الغرض ان ما لا يدرك بالراي يجب تقليد الصحابي فيه وانما يتم جوابه
بمنع ثبوته عن علي كما قال اهل الحديث انه غريب ونقله البغوي في شرح السنة عن ابن ابي ليلى وبقولنا قال
الشافعي في الحر وقال في العبد تسعة عشر لان حد العبد في الخمر عنده عشرون وفي الاحرار اربعون وقال مالك
لا حد لاكثره فيجوز للامام ان يزيد في التعزير على الحد اذا راى المصلحة في ذلك مجانبا لهوى النفس لما روي ان معن
ابن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به لصاحب بيت المال فاخذ منه مالا فبلغ عمر ذلك فضربه
مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة اخرى ونفاه. وروى الامام احمد باسناده ان عليا اتي بالنجاشي الشاعر
قد شرب خمرا في رمضان فضربه ثمانين للشرب وعشرين سوطا للفطر في رمضان. وكذا الحديث المذكور
ولان العقوبة على قدر الجناية فلا يجوز ان يبلغ بما هو اهون من الزنا فوق ما فرض بالزنا وحديث معن يحتمل
ان له ذنوبا كثيرة او كان ذنبه يشتمل كثرة منها لتزويره واخذه مال بيت المال بغير حقه وفتحه باب هذه الحيلة
لغيره ممن كانت نفسه عارية عن استشرافها وحديث النجاشي ظاهر ان لا احتجاج فيه فانه نص على ان ضربه
العشرين فوق الثمانين لفطره في رمضان وقد نصت على انه لهذا المعنى ايضا الرواية الاخرى القائلة
ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه اتي بالنجاشي الشاعر وقد شرب الخمر في رمضان فضربه ثمانين ثم ضربه
من الغد عشرين وقال ضربناك العشرين لجراءتك على الله وافطارك في رمضان فكان الزيادة في التعزير
على الحد في هذا الحديث. وعن احمد لا يزاد على عشرة اسواط وعليه حمل بعض اصحاب الشافعي مذهب
الشافعي لما اشتهر عنه من قوله اذا صح الحديث فهو مذهبي وقد صح عنه عليه السلام في الصحيحين وغيرهما
من حديث ابي بردة انه قال لا يجلد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله تعالى واجاب اصحابنا عنه
وبعض الثقات بانه منسوخ بدليل عمل الصحابة بخلافه من غير انكار احد. وكتب عمر رضي الله عنه الى ابي موسى
ان لا تبلغ بنكال اكثر من عشرين سوطا. ويروى ثلاثين الى الاربعين. وبما ذكرنا من تقدير اكثره بتسعة وثلاثين
يعرف ان ما ذكره مما تقدم من انه ليس في التعزير شيء مقدر بل مفوض الى راي الامام اي من انواعه فانه يكون
بالضرب وبغيره مما تقدم ذكره اما ان اقتضى رايه الضرب في خصوص الواقعة فانه حينئذ لا يزيد على تسعة
وثلاثين **قوله** ثم قدر الادنى في الكتاب يعني القدوري بثلاث جلدات لان ما دونها لا يقع به الزجر
وذكر مشايخنا ان ادناه على ما يراه الامام يقدره بقدر ما يعلم انه ينزجر به لانه يختلف باختلاف الناس
ووجه مخالفة هذا الكلام لقول القدوري انه لو راى انه ينزجر بسوط واحد اكتفى به وبه صرح في الخلاصة
فقال واختيار التعزير الى القاضي من واحد الى تسع وثلاثين ومقتضى قول القدوري انه اذا وجب التعزير

بنوع الضرب فراى الامام ان هذا الرجل ينزجر بسوط واحد يكمل له ثلاثة لا انه حيث وجب التعزير بالضرب
فاقل ما يلزم اقله اذ ليس وراء الاقل شيء واقله ثلاثة ثم يقتضي انه لو راى انه انما ينزجر بعشرين كانت العشرون
اقل ما يجب تعزيره به فلا يجوز نقصه عنه فلو راى انه لا ينزجر باقل من تسعة وثلاثين كان على هذا اكثر
التعزير اقله ما يجب منه في ذلك الرجل وينبغي فائدة تقديره اكثره بتسعة وثلاثين انه لو راى انه لا ينزجر
الا باكثر من تسعة وثلاثين لا يبلغ قدر ذلك ويضربه الاكثر فقط نعم يبدل ذلك التقدير بنوع اخر
وهو الحبس مثلا **قوله** وعن ابي يوسف انه على قدر عظم الجرم وصغره واحتمال المضروب وعدم احتماله
وعنه انه يقرب كل نوع من اسباب التعزير من بابه فيقرب المس والقبلة للاجنبية والوطء فيما دون الفرج
من حد الزنا والرمي بغير الزنا من المعاصي من حد القذف وكذا السكر من غير الخمر من شرب الخمر قيل معناه يعزر
في المس الحرام والقبلة اكثر جلدات التعزير ويعزر في قوله يا خوي يا كافر ونحوه اقل جلدات التعزير لكن في
فتاوى قاضي خان ان اسباب التعزير ان كان من جنس ما يجب به حد القذف يبلغ اقصى التعزير وان كان من
جنس ما لا يجب به حد القذف لا يجب ايضا ويكون مفوضا الى راي الامام **قوله** وان راى الامام ان يضم
الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك بان يرى ان اكثر الضرب في التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها
او هو في شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس لان الحبس صلح تعزيرا بانفراده حتى لو راى ان لا يضربه ويحبسه
اياما عقوبة فعل ذكره في الفتاوى وغيرها وهو قول المصنف حتى جاز ان يكتفي به وقد ورد به الشرع
في الجملة وهو ما سلف من انه عليه الصلوة والسلام حبس رجلا في تهمة فجاز ان يضمه اذا ثبت في انزجاره
بدونه **قوله** ولهذا اي لان الحبس بمفرده يقع تعزيرا ما لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته اي لم يشرع
الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل على اخر شتيمة فاحشة او انه ضربه واقام شهودا لا
يحبس الى ان يسال عن الشهود لانه اذا عدلت الشهود كان الحبس بتمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله
لزم اعطاء حكم السبب له قبل ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بما يوجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا
ثبت سببه بالتعديل كان الواجب به شيئا اخر غير الحبس فحبس تعزيرا للتهمة **قوله** واشد الضرب التعزير
لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف لئلا يؤدي الى فوات المقصود من الانزجار
ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر في المحيط انه هذا
ذكر في حدود الاصل ان التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في اشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد
وليس في المسئلة روايتان بل موضع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى اقصى غاياته بان اصاب
من الاجنبية كل محرم غير الجماع او اخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير
يفرق على الاعضاء والا افسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما في الاشربة انه
يعزر ادنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا وجد عددا يسيرا فلا ماية في موضع واحد لا يفسده ويفرقه
ايضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد وعلى هذا فمعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في
عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا ثم حد الزنا يلي التعزير في الشدة لانه ثابت بالكتاب
واعظم جناية حتى شرع فيه الرجم وهو اتلاف النفس بالكلية ثم حد الشرب لانه ثبت باجماع الصحابة لكن
لا نص في القران وفي زمنه عليه الصلوة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم ولان سببه متيقن فيكون
سببيته لا شبهة فيها والمراد الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة او الاقرار وهما

لا يوجبان اليقين فان قيل يفيدانه شرعا بمعنى ان عندهما يتيقن بلزوم الحد وان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة
قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة او الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه
فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه ولانه جرى في التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ مرة
اخرى من حيث الوصف وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى
واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها
التعزير واخفها حد القذف وعند احمد اشد الضرب حد الزنى ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك كلها سوا
لان المقصود من كل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجرد يعزر في ازار واحد وفي فتاوى قاضي خان يضرب التعزير
قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير **قوله** ومن حده الامام او عزره فمات فدمه هدر
وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي يضمن ثم قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة
المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان اصل التعزير غير واجب عليه
ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته
وهذا اخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير لحق الله
تعالى وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد ولانه لا بد له من الفعل والاعوف والسلامة
خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه ان لا يتعرض لسببها القريب وهو بين ان يبالغ في التخفيف فلا يسقط
الوجوب به عنه او يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مولم زاجر وقد يتفق ان يموت الانسان به فلا يتصور
الامر بالضرب المولم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح في الفعل والطلاقه
وهو مخير بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن
اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المراة من وجه اخر وهو استيفا منهاعها
ما في امر الله به وذكر الحاكم لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا ادب الصبي فمات منه
يضمن عندنا والشافعي اما لو جامع زوجته فماتت او افضاها لا يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف ذكره في
المحيط مع انه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان
بمضمون واحد **تتمة** الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير ان لا يجيبه لو قال له يا خبيث
الاحسن ان يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو اجاب مع هذا فقال بل انت لا باس واذا
اسا العبد الادب يحل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي فتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس
ويخلد في السجن الى ان تظهر التوبة وفيها عن ابي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلوة يحبس
ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى انه يخلق ما يفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت
توبته وان لم يتب وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل لاثر
وهو ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاد في فتاوى قاضي خان
وان كان يستعمل السحر ولا بد ان يرى كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا اخذ وثبت ذلك عنه ولا تقبل توبته
وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجته بتلك اللعبة فهذا سحر ويحكم بارتداده
ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد ان له اثرا انتهى
وعلى هذا التقدير اعني عدم الحكم بارتداده فينبغي ان يكون حكمه ان يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل

يحل الكتابة بما علم ان فلانا يتعاطى من المناكير لابيه قالوا ان وقع في قلبه ان اباه يقدر ان يغير على ابنه
حل له ان يكتب وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين المرء وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد
شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس
والمسلم يبيع الخمر او ياكل الربا ويعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا
توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن
الى ان يظهر التوبة وكذا من قبل اجنبية او عانقها او مسها بشهوة

كتاب السرقة

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن اسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعي في ترتيبها في
التعليم ترتب اسبابها في المفاسد فما كانت مفسدته اعظم تقدم على ما هي اخف لان تعليمه وتعلمه اهم واعظم
المفاسد ما يؤدي الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدي الى فوات
العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدي
الى افساد العرض وهو القذف فانه امر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزم امرا قبيحا ويليه ما يؤدي
الى اتلاف المال فانه لاجل المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان اخرا فاخره وللسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر
في الكتاب وهو اخذ الشيء من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع مستخفيا وفي الشريعة هي هذا ايضا
وانما زيد على مفهومها قيود في اناطة حكم شرعي بها اذ لا شك ان اخذ اقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن
لم يعلق الشرع به حكم القطع فهي شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعي فاذا قيل للسرقة الشرعية الاخذ خفية مع
كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التي علق بها الشرع وجوب القطع هي اخذ العاقل البالغ عشرة دراهم او مقدارها
خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة ونعم الشبهة
في التاويل فيل فلا يقطع السارق من السارق ولا احد الزوجين من الاخر وذي الرحم الكامل والقتل خلاف
الاصل لا يصار اليه حتى يتعين مما لا امر دله كالصلوة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل
هي في مفهومها اللغوي والزيادات مشروط غير مرضي والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير
الفاتحة فكيف يقال انها في الشرع للدعا والافعال شرط قبوله والغرض انه لا يتبادر الدعا فقط هذا وسياتي
في السارق من السارق خلاف **قوله** والمعنى اللغوي يعني الخفية مراعى فيها اما ابتدا وانتهاء وذلك
في سرقة النهار في المصر او ابتدا لا غير وهو في سرقة الليل فلذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم اخذ المال
مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى اذا كان في المصر نهارا واخذ ماله
لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل
مغالبة اذ قليلا ما يخفى الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا
يعلم كونه فيها او يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله قطع ولو علم لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل
الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك او من يقوم مقامه كالمودع
والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعته
المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور واما شروط ثبوت الحكم ومنها
تفصيل النصاب فيا تي في اثناء المسايل **قوله** واذا سرق البالغ العاقل عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته

عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما
ولابد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب ٥
قوله ولابد من التقدير بالمال الخطير اختلف في انه هل يقطع بكل مقدار من المال او لابد من مقدار معين
لا يقطع في اقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الاية ولقوله
عليه الصلاة والسلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن
سوى هولاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عليه الصلوة والسلام لا
قطع الا في ربع دينار فصاعدا والنسخ ولو قيل ونسخه ايضا ليس اولى من نسخ ما رويتم قلنا لا تاريخ بين ح
اولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك
وبه يتقيد اطلاق الاية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمتنع اصلا لحكمة فهو وهي مما
يشمله اطلاق الاية وكذا لا يخفى اخذه فلا يتحقق باخذه ركن السرقة وهو الاخذ خفية ولا حكمة للزاجر ايضا لانه
فيما يغلب فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا مخصص عقلي
بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه فذهب
اصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك واحمد
الى انه ربع دينار او ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطائه عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه عن عمرة بنت عبد الرحمن
ان سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار
فقطع عثمان يده **قال** ما لك احب ما يجب فيه القطع الى ثلثة دراهم سواء ارتفع الصرف او اتضع وذلك
انه عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلثة دراهم وعثمان قطع في اترجة قيمتها ثلثة دراهم وهذا احب ما سمعته
الي انتهى وكون المجن ثلثة في حديث ابن عمران رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلثة دراهم
اخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار
فصاعدا عن ان الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما
فالثلاثة ربعها في مسند احمد عن عايشة عنه عليه الصلاة والسلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا
فيما هو ادنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلثة دراهم ويظهر ان المراد مما ذكر المصنف من قوله ان
القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ
وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلثة دراهم
ولنا ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب اولى احتيالا للدرء نعرف انه قد قيل في ثمن المجن اكثر مما ذكر ويريد
بذلك حديث ايمن رواه الحاكم في المستدرك عن مجاهد عن ايمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم الا في ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عليه ونقل عن الشافعي رحمه الله تعالى انه
قال لمحمد بن الحسن رضي الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تقطع في ربع دينار فصاعدا فكيف
قلت لا تقطع اليد الا في عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن ايمن بن ام ايمن اخي اسامة
ابن زيد لامه وان الشافعي اجاب بان ايمن بن ام ايمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل ان
يولد مجاهد قال ابن ابي حاتم في المراسيل وسالت ابي عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم
عن عطاء ومجاهد عن ايمن وكان فقيها قال لا تقطع يد السارق في اقل من ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله

عليه وسلم دينارا قال ابي هو مرسل واري انه والد عبد الواحد بن ايمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر
ان ايمن اسم للصحابي وهو ابن ام ايمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعي آخر
وقال ابو الحجاج المزي في كتابه ايمن الحبشي مخزومي روى عن سعد وعايشة وجابر وعنه ابنه عبد الواحد
وثقه ابو زرعة ثم قال ايمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن ابي عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم في السرقة
الى ان قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائي ما احسب ان له صحبة فقد جعله اسم التابعين واما ابن
ابي حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا قال ابن ابي حاتم ايمن الحبشي مولى ابن عمر روى عن عايشة وجابر روى
عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد سمعت ابي يقول ذلك وسئل ابو زرعة عن ايمن والد عبد الواحد
فقال مكي ثقة وقال ابن حبان في الثقات ايمن بن عبيد الحبشي مولى لابن ابي عمر المخزومي من اهل مكة روى
عن عايشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن ايمن وكان اخا اسامة بن زيد لامه وهو الذي
يقال له ايمن بن ام ايمن مولاة النبي صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم ان له صحبة وهم حديثه في القطع مرسل
فهذا يخالف الشافعي وغيره ممن ذكر ان ايمن بن ام ايمن قتل يوم حنين وانه صحابي حيث جعله من التابعين
وهكذا فعل الدارقطني في سننه ايمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبي صلى الله عليه وسلم
ولا الخلفاء بعده وهو الذي يروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد
وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف في ايمن راوي قيمة المجن هل هو صحابي او تابعي ثقة فان كان صحابيا
فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره ابو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل
والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادح بل حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف في
تقويم المجن اهو ثلثة او عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما امكن في الحدود ثم يقوي ما
رواه النسائي ايضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم واخرجه الدارقطني واخرجه هو واحمد في مسنده عن الحجاج بن ارطاة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن ابي شيبة في مصنفه في كتاب اللقطة
عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه
وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف ويتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقطع الا في دينار او عشرة
دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبراني
في معجمه واشار الترمذي في كتابه الجامع فقال وقد روي عن ابن مسعود انه قال لا قطع الا في دينار
وعشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع
عن ابن مسعود انتهى وهو صحيح لا ان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن في مسند ابي حنيفة من رواية ابي مقاتل
عن ابي حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن ابيه عن عبد الله بن مسعود قال كان تقطع اليد على عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن ابي حنيفة انما
كان القطع في عشرة دراهم واخرجه ابن خسرو من حديث محمد بن الحسن عن ابي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد
في اقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية
لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع **قوله** واسم الدراهم يعني في الحديث وهو قوله
او عشرة دراهم تنطلق على المضروبة عرفا اذا اطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع

كما ذكر في القدوري وهو ظاهر الرواية وهو الاصح للظاهر من الحديث ورعاية لكمال الجناية لانها شرط العقوبة
وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها ولو
تجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن ابي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة حتى لو سرق عشرة
تبرا اي فضة غير مضروبة صكا قيمتها اقل من عشرة مسكوكة لا يجب القطع على ظاهر المذهب وروى الحسن
عن ابي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وانت تعلم ان المطلق يتقيد بالعرف والعادة **قوله** والمعتبر
وزن سبعة يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل
كما في الزكاة وتقدم بحثنا فيها في الزكوة وهو انه ينبغي ان يراعى اقل ما كان من الدراهم على ما قالوا واما
هنا فمقتضى ما ذكروه من ان الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة اصناف صنف وزن خمسة
وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة ان يعتبر في القطع وزن عشرة هذا مقتضى اصلهم في ترجيح تقدير
المجن بعشرة بانه ادرأ للحد وما كان درايا كان اولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم
فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا ان كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان
من نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطا ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول
الثالث ثم هذا البحث لازم على قولهم ان وزن سبعة لم يكن في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما
ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه عليه السلام فلا **قوله** وقوله اي قول القدوري
او ما تبلغ قيمته عشرة اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا حتى لو سرق دينارا
قيمته اقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد من الدينار المذكور انه يقطع به في الحديث ما يكون مقوما
به لا قيمة الوقت اي يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جيادا بوزن سبعة مثاقيل او اكثر سواء كان
في الوقت كذلك او لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة عشرة
يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب
دخله او فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فاخذ في اخرى وقيمتها فيها اقل لا يقطع
وفي قول الطحاوي يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق ما اقل من وزن عشرة فضة تساوي عشرة مسكوكة
لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم في محل النص وهو ان يسرق وزن عشرة
ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب الماخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته
دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى ائمة سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوي عشرة
وفيه دراهم مصرورة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه
يقع على سرقة الدراهم الا يرى انه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس درهما ولا بد من ان يكون
للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق
على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر ان يتغوطه بل يضمن مثله
لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب مرة واحدة فلو اخرج بعضه ثم دخل واخرج
باقيه لا يقطع **قوله** والحر والعبد في القطع سواء لان النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف
فيتكامل وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة صيانة لاموال الناس والرق منصف فما امكن فيه التنصيف
نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة وما لا فلا ضرورة الا اهدار السبب في حقه بخلاف الزنا فان له

حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق في الجلد فحد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن
نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الاخر وهو الرجم على الاحرار حيث لم يتناول الارقاء
قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي واكثر علماء الامة
وقال ابو يوسف لا يقطع الا باقراره مرتين وهو قول احمد وابن ابي ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن ابي يوسف
اشتراط كون الاقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى اما المنقول فما روى ابو داود عن ابي امية المخزومي
انه عليه الصلاة والسلام اتي بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك
سرقت قال بلى يا رسول الله فاعادها عليه عليه الصلاة والسلام مرتين او ثلثا فامر به فقطع فلم يقطعه
الا بعد تكرر اقراره واسند الطحاوي الى علي رضي الله عنه ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت
على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها في عنقه واما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها في
العدد فيما الحد فيعتبر هذا الاقرار فيه بعدد الشهود نظيره الحاق الاقرار في حد الزنا في العدد بالشهادة
فيه ولابي حنيفة ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة في هذا الحديث قالوا يا رسول الله ان هذا سرق
فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به
قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله
عليك فقد قطعه باقراره مرة واما المعنى فمعارض بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن حدا فهو في
معناه من حيث انه عقوبة هكذا ظاهر الموجبرة فيكتفى به كالقصاص وحد القذف واما قياسه
على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار
اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على ان الاقرار الاول اما صادق فالثاني لا يفيد شيئا
اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر انه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدته دفع
احتمال كونه يرجع عنه اجاب المصنف وباب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار فله ان يرجع بعد التكرار
فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه لان صاحب المال يكذبه فلا يقبل رجوعه عنه واما النظر
المذكور اعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كالشهادة به فلا نسلم ان ذلك بطريق القياس وكيف وحكم
اصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع ان كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار
في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه اعلم **فروع** من علامة العيون قال انا سارق
هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال
وفي عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة هذا
ان ادعى المقر له المالين وهو قول ابي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة واقر بعشرة دنانير فصح رجوعه
عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع
وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيئا لو ادعى المقر له المائتين لانه
اقر بسرقة مائتين فوجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاول ولو قال
سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه اقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب
القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو انه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان
قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق وهذا باجماع الامة **قوله** ويبتغي ان يسالهما

الامام عن كيفية السرقة اي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كان نقب الجدار وادخل
يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر مذاهب الثلاثة او اخرج بعض النصاب ثم عاد واخرج البعض الاخر
وناول رفيقا له على الباب فاخرجه ويسالهما عن ماهيتها فانها تطلق على استراق السمع والنقص من اركان
الصلوة وعن زمانها لاحتمال التقادم وعندنا التقادم اذا شهدوا ويضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم
ايضا ما اورد من ان التقادم ينبغي ان لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على
الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضي خان ويسالهما عن المكان وهذا خلاف ما لو كان ثبوت السرقة
بالاقرار حيث القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسال المقر عن المكان لكن يساله عن
باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا ويسالهما عن مكان السرقة لاحتمال انه سرق في دار الحرب من مسلم وفي الكافي
وعن المسروق وقدره اذ سرقه كل مال لا يوجب القطع كما في التمر والكثر وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق
منه لان السرقة لا يوجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السوال عن المسروق
منه لانه حاضر يخاصم الشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السوال عنه وانت تعلم ان شهادتهم
بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا تستلزم بيانها النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم
ان يقول سرق مالي وانا مولاه او حده وانما يسال عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك
على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود
عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر
وهو ان اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول ابي يوسف يجوز ولم يقع تفصيل في هذا الحكم اعني حبسه
عند اقامة البينة حتى تزكوا ومقتضى ما ذكر من انه يحبس تهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب انه صار
متهما بالفساد انه لو صح التكفيل ينبغي ان لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض
وكذا ذكر في الفتاوي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى ان يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر
ويشتري ويترك الصلوة فانه يحبس ويودب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل لص معروف بالسرقة
وجده رجل يذهب في حاجة غير مشغول بالسرقة ليس له ان يقتله وله ان ياخذه وللامام ان يحبسه حتى يتوب
لان الحبس زجرا للتوبة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غايب لم يقطعه الا بحضرته وان كان
حاضرا والشاهدان غايبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا وكذلك في الموت وهذا في كل الحدود سوى الرجم
ومضى القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا في كافي الحاكم **قوله** واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل
واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع ومعلوم تقييده قطعهم بما اذا لم يكن منهم احد ذو رحم محرم
من المسروق منه ولا صبي وعند مالك يقطعون وان لم يصب احدهم نصاب بعد ان يكون تمام المسروق ثلاثة دراهم
لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فيعتبر فلا يجب الحد يعني وجد من كل منهم
جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا ۵

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا اخره
عن بيان السرقة وما يتصل بها **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام اي اذا سرق
من حرز لا شبهة فيه بعد ان اخذ واحرز وصار مملوكا التافه والتافه الحقير الخسيس من باب لبس كالخشب

من بعض النسخ

والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد بريا او بحريا والزرنيخ والمغرة وهو بفتح الغين الطين الاحمر
ونحو زاسكانها والنورة **قوله** والاصل فيه حديث عايشة رضي الله عنها هو ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه
وسنده ثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عايشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه زاد في مسنده ولم يقطع في ادنى من ثمن حجفة او ترس ورواه
مرسلا ايضا ثنا وكيع عن هشام بن عروة عن ابيه وكذا رواه عبد الرزاق في مصنفه انا ابن جريج عن هشام
به وكذا اسحق بن راهويه انا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدي في الكامل مسندا اخرجه عبد الله بن
قبيصة الفزاري عن هشام بن عروة عن عروة عن عايشة ولم يقل في عبد الله هذا شيا الا انه قال لم يتابع عليه
ولم ار للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان في رواياته نظرا ولا يخفى ان هذه المرسلات كلها حجة
وقد تقدم وصله من حديث ابن ابي شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان واذا عرف هذا فقال المصنف
ما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته اي الاصلية بان لم يحدث فيه صنعة متقومة غير مرغوب فيه
حقير فيكون متناول النص ولا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله بصورته
ليخرج الابواب والاواني من الخشب وغير مرغوب فيه ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللولو
ونحوها من الاحجار كونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغي ان
يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كساير الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة
فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والابنوس واختلف في الوسمة والحنا والوجه القطع لانه جرت العادة
باحرازه في الدكاكين **وقوله** تقل الرغبات فيه يعني فلا تتوفر الدواعي على استحصاله وعلى المعالجة في
التوصل اليه ولا تتضرب الطباع اذا احرز حتى انه قلما يوجد اخذه على كره من المالك ولا ينسب الى الخيانة
بناء على ان الضنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه فما دون النصاب قال
المصنف ولان الحرز فيها ناقص فان الخشب بصورته الاولى يعني على الابواب وانما يدخل في الدار للعمارة لا للاحراز
قال والطير يطير يعني من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه ان قوله والطير يطير من بيان نقصان
الحرز الا ان هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى وكذا الشركة العامة التي كانت فيه اي في الصيد قبل
الاحراز بقوله عليه الصلاة والسلام لمن اخذه وهو حال كونه على تلك الصفة اي الاصلية تورث الشركة العامة
شبهة فيه بعد الاحراز فيمنع القطع والوجه ان يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة في الكل الاباحة لاصلها ثابتا
بالاجماع واما **قوله** عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلث فانما يتناول الحشب والقصب بلفظ الكلا
فيه قصور ايضا قال ويدخل في السمك المالح والطري وصوابه السمك المليح والمملوح وفي الطير الدجاج
والبط والحمام لما ذكرنا يعني قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه واما **قوله** والاطلاق قوله صلى الله عليه
وسلم لا قطع في الطير فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفي عن عبد الله
ابن يسار قال اتي عمر بن عبد العزيز في رجل سرق دجاجة فاراد ان يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال
عثمان لا قطع في الطير ورواه ابن ابي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال
قال اتي عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتي في ذلك السايب بن يزيد فقال ما رايت احدا قطع
في الطير وما عليه في ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للراي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد
الصحابي عندنا واجب لما عرف **قوله** وعن ابي يوسف انه يجب القطع في كل شيء الا الطين والتراب والسرقين

وروي عنه الا في الماء والتراب والطين والجص والمعارف والنبيذ لان ما سوى هذه اموال متقومة
محرزة فصارت كغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال اثرها بالاحراز بعد التملك وهو قول الشافعي
والحجة عليه ما ذكرنا من حديث عايشة وثبوت الشبهة **قوله** ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد
كاللبن واللحم والخبز ايضا ذكره في الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق في عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا
قديدا او غيره والفواكه الرطبة وعن ابي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما عنه عليه السلام من رواية
ابي داود والنسائي وابن ماجة عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه عليه السلام سئل عن
الثمر المعلق فقال من اصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة
مثليه ومن سرق منه شيا بعد ان يؤديه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع اخرجه ابو داود عن ابن عجلان
وعن الوليد بن كثير وعن عبد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق اربعتهم عن عمرو بن شعيب به واخرجه النسائي ايضا
من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحارث وهشام بن سعد عن عمرو بن شعيب به وفي رواية ان رجلا من مزينة
سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحريسة التي توخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال
وما اخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يوخذ من ذلك ثمن المجن قال يا رسول الله فالثمار وما اخذ منها في
اكمامها فقال من اخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شيء ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال
وما اخذ من اجرانه ففيه القطع رواه احمد والنسائي وفي لفظ ما ترى في الثمر المعلق فقال ليس في شيء من
الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما اخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة
مثليه وجلدات نكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي
عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كايوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن ابي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو وقال
ليس في شيء من الثمار قطع حتى ياوي الجرين واخرجه عن ابن عمر مثله سوا. **اجاب** بانه احتج على وفق العادة
والذي يؤديه الجرين في عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع لكن ما في المغرب من قوله الجرين المربد وهو
الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي ان يكون فيه الرطب في زمان وهو اول وضعه
واليابس وهو الكاين في اخر حاله فيه ثم ليس في هذه الاحاديث لفظ الجران وكانه وقع في بعض الالفاظ
الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن فكان استعير
هاهنا الجراب المتخذ منه فكانه قال حتى يرويه المربد والجراب ثم العيني من قوله حتى يؤويه الجرين
اي المربد حتى يجف اي حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز والا فنفس الجرين
ليس حرزا ليجب القطع بالاخذ منه اللهم الا ان يكون له حارس مترصد والجواب انه معارض باطلاق قوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر و**قوله** لا قطع في الطعام اما الاول فرواه الترمذي عن الليث بن سعد
والنسائي وابن ماجة عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع
ابن حبان ان غلاما سرق وديا من حايط فرفع الى مروان فامر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبي
صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان في صحيحه مرتين في القسم الاول وفي القسم الثاني قال
عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك
والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل اولى لما عرف انه زيادة من الراوي الثقة وقد تلقت
الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا في الرطب الموضوع في الجرين وفي مثله من الحدود يجب تقديم ما

يمنع الحد درءا للحد ولان ما تقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن المسروق بمثلي قيمته وان نقل عن احمد فعلما
الامة فعلى خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى
عليكم فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ففيه دلالة الضعف والنسخ فيتفرد هذا الحديث عن المعارض
فبطل **قوله** من قال يتقيد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعني بفصل الحديث المذكور بين ان يا كله من اعلى
النخل فلا شيء عليه او يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكالا ويا خذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار
وقيل هو الودي وهي صغار النخل وجزم في المغرب. واما الحديث الثاني فاخرجه ابو داود في المراسيل عن جرير
ابن حازم عن الحسن البصري ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اني لا اقطع في الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله
بغير الارسال وانت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه وحينئذ يجب اعتباره في غير محل الاجماع
ولما كان الاجماع على انه يقطع في الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيا للاكل منه وما
في معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا في الجرين وغيره هذا والقطع في الحنطة وغيرها اجماعا انما هو في
غير سنة القحط اما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد او لا لانه عن ضرورة ظاهرا وهي تبيح التناول
وعنه عليه الصلاة والسلام لا قطع في مجاعة مضطر وعن عمر رحمه الله لا قطع في عام سنة **قوله**
ولا قطع في الاشربة المطربة اي المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع
فيستخف العقل فيصدر منه ما لا يليق كما تراه من صياح الثكليات وضرب خد ودهن وشق جيوبهن
فيما لا يجدي نفعا ويسلب اجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله ورسوله او شدة سرور فوجب ما هو معهود
من الثمالى والمسلة بلا خلاف اما عند الايمة الثلاثة فانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب حلوا فهو
مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيره فللعلما في تقومه اختلاف
فلم يكن في معنى ما ورد به النص من المال المتقوم فلا يلحق به في موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق
يحمل حاله على انه يتناول فيها الاراقة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفي سرقة الاصل يقطع بالخل
ونقل الناطفي من كتاب المجرد قال ابو حنيفة لا قطع في الخل لانه قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي سليمان
برواية علي بن الجعد لا قطع في الرب والجلاب **قوله** ولا في الطنبور ونحوه من آلات الملاهي بلا خلاف
ايضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعند ابي حنيفة ان ضمنها لغير اللهو الا انه يتناول اخذه للنهي عن المنكر
والمعارف جمع المعرف وهي آلة اللهو **قوله** ولا في سرقة المصحف وان كان عليه حلية **وقال**
الشافعي ومالك وهو رواية عن احمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا
وفي رواية اخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشترى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد
ولم ينتقص وفي رواية اخرى عن احمد ان اخذه يتناول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع وجه الظاهر
ان الاخذ يتناول في اخذه القراءة والنظر فيه ولا ان المالية للتبع وهي الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو
المكتوب واحرازه لاجله والاخذ ايضا يتناول الاخذ لاجله لا للتبع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر
وقيمة الانية تزيد على النصاب لا يقطع وكمن سرق صبيا حرا وعليه حلي كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال
في المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة ووجد في جيبه عشرة مصرورة ولم يعلم بها لم اقطعه
وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن ابي يوسف عليه القطع في الاحوال كلها لان سرقته تمت في نصاب كامل
ولكنا نقول السارق انما قصد اخذ ما يعلم به دون ما لا يعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده اخذ

الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوي نصابا وقد تقدم في مثله انه ان كان
الثوب مما يجعل وعا عادة للدراهم قطع والا لا وهنا ردد بين العلم وعدمه فالحاصل انه يعتبر ظهور
قصد المسروق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذه فمسئلة العلم بالمصرور
وعدمه صحيح الا ان كونه يعلم او لا يعلم هو المدار في نفس الامر لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وبما تقدم
بوما اذا لم يقر بعلمه بما في الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بان يكون كيسا
فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم اقصد لم اعلم **قوله** ولا قطع في ابواب المسجد لعدم الاحراز
وقال الشافعي يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز باحراز مثله وكذا يقطع عندهم
في باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف الى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك في انه اما ليس محرزا
او في حرزه شبهة اذ هو باد للغادي والرائح ومعها ينتفي الحد على ان المصنف لم يذكر ذلك في مقام
نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل اثبته لنفسه على اصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصب
الخلاف وافاد المصنف في اثناء المسئلة انه لا قطع بسرقة متاع المسجد كحصره وقناديله لعدم الحرز
وكذا لا يقطع في استار الكعبة وهو قول مالك واحمد والاصح من قول الشافعي لانه لا مالك له ولهذا
الوجه ينتفي القطع في باب المسجد **قوله** ولا في صليب من الذهب والفضة ولا الشطرنج ولو كان
من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب ولا النرد لانه بتأول من اخذها الكسر اي باباحة الاخذ
للكسر نهيا عن المنكر فلا يجب الا ضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو لهيئة خطين متقاطعين ويقال
لكل جسم صلب وعن ابي يوسف ان كان الصليب في مصلاهم اي معابدهم لا يقطع لعدم الحرز لانه بيت ماذون
في دخوله وان كان في يد رجل في حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تاويل
الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط **قوله** ولا قطع على سارق الصبي الحر وان كان عليه
حلي يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سياتي والحلي بضم الحاء جمع حلي بفتحها ما يلبس من ذهب او
فضة او جوهر وقال ابو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده
فكذا مع غيره والخلاف في صبي لا يمشي ولا يتكلم فلو كان يمشي ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه في يد نفسه
وكان اخذه خداعا ولا قطع في الخداع ومن لم يذكر الحاكم في الكافي الخلاف عن اصحابنا وممن ذكره كصاحب
المختلف ذكر انه ظاهر الرواية. وروي عن ابي يوسف يقطع قيل كان ينبغي للمصنف ان يقول وعن
ابي يوسف والا اوهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبي
يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال وجه الظاهر ان الصبي اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود
بالاخذ دون ما عليه والا لاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا في اخذ المال فلا يقطع وان
كان اثمه وعقابه اشد من سارق المال ففي الحديث القدسي عن رب العزة ثلاثة انا خصمهم يوم القيمة
رجل اعطى بي ثم غدر. ورجل باع حرا فاكل ثمنه. ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه اجره.
لكن القطع الذي هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا واما التاويل الذي ذكره من قصد تسكيته
او ابلاغه الى موضعه فبعيد بعد عرض تحقق قصده الظاهر منها خلافه وعلى هذا الخلاف اذا سرق
اناء فضة فيه نبيذ او ثريد او كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية ابي يوسف وهو قول الائمة الثلاثة
ولا يقطع عندهما لانه تابع واذا لم يجب في المتبوع القطع لا يجب في التابع واعتمادي وجوب القطع

في الانا المعاين ذهبيته وان كان فيه ما كان فان تعينه باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه
بل الظاهر ان كلا منهما اصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه اظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بما اليه الى
اضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية في قصد الاخذ لا باعتبار غيره والاطلاع بفيه وما
يوافق ما ذكرناه ما في التجنيس من علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم
يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوي تسعة وعليه اكاف يساوي درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ما يساوي
عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا لا يساوي عشرة مصرورا عليه عشرة
قال تقطع اذا علم ان عليه ما لا بخلاف ما اذا لم يعلم **قوله** ولا قطع في سرقة العبد الكبير يعني العبد
المميز المعبر عن نفسه بالاجماع الا اذا كان نائما او مجنونا او اعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره في الطاعة فحينئذ
يقطع ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع في الادمي الذي يعقل سواء كان نائما
او مجنونا او اعجميا وقالوا هو ليس بسرقة بل اما غصب او خداع ويقطع في سرقة العبد الصغير الذي ليس كذلك
بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكي الاجماع ابن المنذر مع ان ابا يوسف قال استحسن ان لا اقطعه لانه
مال من وجه ادمي من وجه فصار كونه ادميا شبهة في ماليته فيندرئ الحد فالدفع منهما لا يدان يتسلط
على هذه النكتة هو فاسد لا لما قيل. ولكن لما ان حقيقة السرقة هو اخذ مال معتبر خفية من حرز لا
شبهة فيه مع باقي الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف ولها انه مال مطلق
لانه منتفع به او كان يمشي ويعقل او بعرض ان يصير منتفعا به ان كان بخلاف ذلك احسن منه لتضمن لفظ
مطلق منع ان في ماليته شبهة وانضمام معنى الادمية اليه يصيره كما لو فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة
نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فقصر
على منع ثبوت الشبهة في ماليته بما قلنا **قوله** ولا قطع في الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك
ليس بمال الا في دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ لانه لا يستفيد الاخذ به نفعا فكان المقصود
الكواغد فيدخل في عموم ولا قطع في الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير
وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف في غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة
لان معرفتها قد يتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت في ايراث الشبهة ومقتضى هذا
ان لا اختلف في القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكان سرقته صرفا ولان
عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا يتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب
الادب والشعر ويمكن في كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب
الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وانت سمعت ما به الدفع **قوله** ولا في سرقة كلب ولا فهد بالاجماع
خلافا لاشهب قرين ابن القاسم فانه قال بعدم القطع في المنهي عن اتخاذه اما في الماذون في اتخاذه ككلب الصيد
والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل وجنسه لا اصل له وغير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء
ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة فيها **قوله** ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار
وكذا جميع الات اللهو لان عندهما لا قيمة لها وعند ابي حنيفة يتاول في اخذها الكسر وفي الدف الضم
والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه
لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس اله لهو **قوله** ويقطع في الساج والقنا والابنوس

وهو بفتح البا فيما سمع والصندل والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر
فاما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس شبهة في سقوط القطع لان ساير الاموال حتى الدنانير والدراهم
مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروي هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل
البقالي عن محمد في الابنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين
الفيل فانه ينفي مالية العاج فحلت الشبهة في المالية و يقطع في الفصوص النفيسة واللؤلؤ والزبرجد لانها من اعز
الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب **قوله** واذا اتخذ من الخشب اواني
وابوابا قطع فيها لانه اي الخشب بالصنعة التحقت بالاموال النفيسة ولذا اعتبر بخلاف الحصر لان الصنعة
لم تغلب على الجنس لتنقطع ملاحظته لها فلم تخرج لها من كونها تافهة بين الناس حتى ان الحصر تبسط في غير الحرز
وكذا القصب المصنوع بوادي بخلاف الخشب غلبت الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به منه
حتى لو غلبت في الحصر ايضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرية وفي
العبادانية ويقطع عند الايمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسايل سرق جلود السباع
المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى او بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرج من ان تكون
جلود السباع لانها اخذت اسما اخر انتهى وهو ظاهر في ان علية الصنعة التي تقطع حكم الجنس بها ان يحدث
لها اسم وعلة عدم القطع في الحصر التي ليست بنفيسة مع تجدد اسم اخر لها فليكن ذلك لنقصان احرازها
حيث كانت تبسط في غير الحرز ولان شبهة التفاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع في الملح لذلك ولا يقطع في
الاجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية في الزجاج انه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر
فكان ناقص المالية وعن ابي حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاواني ثم انما يقطع في الباب المصنوع من
الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز اما المركب فلا يقطع به عندنا ايضا كرفرفة
ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب
فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافي ماليته ولا ينقصها فانما يقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح
هذا امتنع القطع في فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا اطلق الحاكم في الكافي القطع في كتاب
الجامع وفي الشامل في قسم المبسوط وقد مر ان عند الايمة الثلاثة يقطع في باب الدار لانه مال متقوم
محرز بحرز مثله فيه وحرز حايط الدار يكون مبنيا فيها اذا كانت في العمران وما كان حرزا لنفسه يكون
حرزا لغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله امكن اعتبار الحرز في كل شيء **قوله** ولا قطع
على خاين ولا خاينة وهما اسم فاعل من الخيانة وهو ان يؤتمن على شيء بطريق العارية او الوديعة فياخذه
ويدعي ضياعه او ينكر انه كان عنده وديعة او عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان في يد الخاين
وحرزه لا حرز المالك على الخلوص في ذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه احرزه بايداعه عنده لكنه
حرز ماذون للسارق في دخوله **قوله** ولا منتهب لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع وكذا
المختلس فانه المختطف للشيء من البيت ويذهب او من يد المالك وفي سنن الاربعة من حديث جابر
عنه عليه السلام قال ليس على خاين ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذي حديث حسن صحيح وسكت
عنه ابن القطان وعبد الحق في احكامه وهو تصحيح منهما وتعليل ابي داود مرجوح بذلك وباقي الايمة الثلاثة
عليه القطع وهو مذهب عمر وابن مسعود وعايشة ومن العلما وقد يحكى الاجماع على هذه الجملة لكن يذهب

اسحاق بن راهويه ورواية عن احمد في جاحد العارية انه يقطع لما في الصحيحين من حديث عايشة ان امراة كانت
تستعير المتاع وتجحده فامر النبي صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلما اخذوا بهذا الحديث واجابوا
عن حديث عايشة بان القطع كان للسرقة صدرت منها بعد ان كانت ايضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرفتها
عايشة رضي الله عنها بوصفها المشهور فالمعنى امراة كان وصفها جحد العارية سرقت فامر بقطعها بدليل ان في
قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه السلام خطيبا فقال انما هلك من كان
قبلكم بانهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بنا على انها حادثة واحدة
لامراة واحدة لان الاصل عدم التعدد للجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الاخير بالقبول
والعمل به فلو فرض انها لم تسرق على ما اخرجه ابو داود عن الليث حدثني يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث
ان عايشة قالت استعارت امراة مني حليا على السنة اناس يعرفون ولا تعرف هي فباعته فاخذت فاتي بها
النبي صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهي التي شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله
عليه وسلم ما قال كان حديث جابر منفيها وتحمل القطع بجحد العارية على النسخ ولذا لو حمل على انها واقعتان
وانه عليه السلام قطع امراة بجحد المتاع واخرى بالسرقة حمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفي سنن ابن ماجه
ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا عبد الله بن نمير ثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن امه عايشة بنت مسعود
ابن الاسود عن ابيها قال لما سرقت المراة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اعظمنا ذلك
وكانت امراة من قريش فجينا النبي صلى الله عليه وسلم نكلمه وقلنا نحن نفديها باربعين اوقية فقال
صلى الله عليه وسلم تطهر خير لها فاتينا اسامة بن زيد فقلنا كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه
قال ما اكثاركم علي في حد من حدود الله والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها
قال ابن سعد في الطبقات هذه المراة هي فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هي ام عمرو بنت سفين
ابن عبد الاسد اخت عبد الله بن سفيان **قوله** ولا قطع على نباش وهو الذي يسرق اكفان الموتى
بعد الدفن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وباقي الايمة الثلاثة عليه القطع وهو
مذهب عمر وابن مسعود وعايشة ومن العلما ابو ثور والحسن والشعبي والنخعي وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز
وقول ابي حنيفة قول ابن عباس والثوري والاوزاعي ومكحول والزهري ثم الكفن الذي يقطع به ما كان
مشروعا فلا يقطع في الزايد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب او مال ذهب وغيره لانه تضييع
وسفه فليس محرزا وفي الوجيين في الزايد على العدد الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم
في القطع وان كفنه اجنبي فهو الخصم لانه له لهم قوله عليه السلام من نبش قطعناه وهو حديث منكر
وانما اخرجه البيهقي وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البرا بن عازب عن ابيه عن جده وفي سنده من يجهل
حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذي ذكره المصنف لا قطع على المختفي قال وهو النباش بلغة
اهل المدينة اي بعرفهم واما الاثار فقال ابن المنذر روي عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهذا ضعيف
ذكره البخاري في تاريخه ثم اعله بسهيل بن ذكوان المكي قال عطا كنا نتهمه بالكذب وتمامه اثر عن ابن عباس
رواه ابن ابي شيبة وفيه مجهول قال ثنا شيخ لقيته بمنى عن زمعة بن القاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس
قال ليس على النباش قطع واما ما رواه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرني عبد الله بن ابي بكر
عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم الى عمر

نكث عمران اقطع ايديهم فاحسن منه بلاشك ما رواه ابن ابي شيبة ثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهري قال اتي مروان
بقوم يختفون اي ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون انتهى واخرجه عبد الرزاق في مصنفه
اخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا احسن منه بلاشك ما روى ابن ابي شيبة ثنا حفص عن اشعث عن الزهري
قال اخذ نباش في زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسال من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رايهم
على ان يضرب ويطاف به انتهى فحينئذ لاشك في ترجيح مذهبنا من جهة الاثار واما من جهة المعنى فهو
ما ذكره المصنف بقوله ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه اما المالية فظاهر واما الحرز
فلان القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها ايضا وقد سمى النبي صلى الله عليه وسلم القبر بيتا وفي حديث
ابي ذر قال له عليه السلام كيف انت اذا اصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعني القبر قلت الله
ورسوله اعلم قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب ابو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر
واستدل به ابو داود لانه سمى القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شيء
ما يليق به كحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيء منها من شيء منها
قطع ولو سرق الدرة من اصطبل او من حظيرة لا يقطع او لا يرى ان الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لورثته شيئا
فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان وكان اخذ الكفن من القبر عين السرقة **والجواب** ولا منع الحرز لانه
حفرة في الصحراء مأذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس منصب لحفظه فلم يبق الا مجرد
دعوى انه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا
الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لم يضمن ولو سلم فلا ينزل عن ان يكون في حرزيته شبهة
وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وفي ثبوت الخلل في المقصود من شرعية الحد وهو
ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء اما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه
ليس اهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا لا يقطع بسرقة التركة
المستغرقة لانها ملك للغريم حتى لو كان له ان يأخذ ما تحته فان صح ما قلنا من انه لا مالك له لا حد لم يقطع
والا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به ايضا بل نقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك
لان المال ما يجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم انه كفن به ميت الا نادرا من الناس
واما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة فيه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لو وقع
في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة **واما** الاستدلال بتسميته
بيتا فبعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه اربع حوائط توضع للمبيت وليس القبر كذلك لا يقال ان
حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الجواز اصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو
كثير مع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه ما امكن بل يجب
حمله على بعض الماصدقات التي لا حرز معها والله سبحانه اعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا
اما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح انه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد
الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة
وفيه الميت لما بينا من تحقق الخلل في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد لهم ذلك للامام ان يقطعه سياسة
لا حدا وهو محمل ما روي ولو صح **قوله** ولا يقطع السارق من بيت المال وبه قال الشافعي واحمد والنخعي والشعبي

وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة ولنا انه
مال العامة وهو منهم وعن عمر وعلي مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال ارسله فما من احد
الا وله في هذا المال حق ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة بان سرق احد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا
بينهما لما قلنا من ان للسارق فيه حقا **قوله** ومن له على آخر دراهم مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال
والمؤجل في عدم القطع سواء استحسانا لان التأجيل لتأخير المطالبة والقياس ان يقطع لانه لا يباح له اخذه
قبل الاجل وجه الاستحسان ان ثبوت الحق وان تأخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء
الآن وكذا لو سرق اكثر من حقه لا يقطع لانه بالزيادة يصير شريكا في ذلك المال بمقدار حقه ولا فرق بين كون
المديون المسروق منه مماطلا او غير مماطل خلافا للشافعي في تفصيله بين المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع
ولو اخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم او دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له اخذها اللهم الا ان يقول
اخذتها رهنا بديني فلا يقطع وعن ابي يوسف لا يقطع لان له ان يأخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن ابي ليلى قضاء
لحقه او رهنا به قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك ولو كان دراهم
فاخذ دنانير او على القلب اختلف فيه قيل يقطع لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما تقع بيعا ولا ينفذ الا بالتراضي
فليس له اخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية ويقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم
ولو سرق المكاتب والعبد من غريم المولى قطع الا ان كان المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق
من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيرهم ولو سرق
من غريم ابنه الصغير لا يقطع **قوله** ومن سرق عينا فقطع فيها فردها بما كانت قائمة ثم عاد فسرقها وهي بحالها
لم يقطع والقياس ان يقطع وهو رواية عن ابي يوسف وهو قول الشافعي ومالك واحمد لقوله صلى الله عليه وسلم
فان عاد فاقطعوه فيما روى الدارقطني من حديث ابي هريرة بطريق فيه الواقدي عنه عليه السلام اذا سرق السارق
فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث ولان السرقة الثانية مثل الاولى في سببية القطع
بل افحش لان العود بعد الزاجر اقبح وصار كما اذا باعها المالك من السارق ولحض ابا يوسف ان المسروق عاد لعوده
بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو اتلفه بعد الرد فصحت سببية للقطع كما لو سرقه غيره او سرقه هو من غيره
وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة فانه يقطع اتفاقا **ولنا** ان القطع اوجب
سقوط عصمة المحل في حق السارق وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة انها ساقطة
نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب للسقوط وهو القطع فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط
الذي تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها
الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع وبخلاف صورة
البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين
حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه السلام هو عليها صدقة **ولنا** منها هدية مع ان عين اللحم
مع ان مشايخ العراق على انه لا يقطع في صورة تبدل الملك بالشراء قلنا ان نمنعه ولا يتم القياس عليه وعند
مشايخ بخاري يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وايضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر والتقدم
ان ما يندر وجوده لا تشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية
اذ هي قليلة بالعرض فلم تقع في محل الحاجة وصار كما لو قذف محصنا فحد به ثم قذفه بعين ذلك الزنى بان قال

انا باق على نسبتي اليه الزنا الذي نسبته اليه لا حد ثانيا فكذا هذا اما لو قذفه بزنا آخر حد به وأورد على الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التي زنا بها اولا بعد ان جلد حدا بزناه الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن بعدم الزاجر موجبا للعدم شرعيته ثانيا ووقوعه في غير محل الحاجة اليه لو شرع واجيب بالفرق بان حرمة المحل في الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور في الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه اعني كونه اقامة الحد اولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر في العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفى الا بالخصومة المالك والخصومة لا تتكرر في محل بعد استيفاء موجب ما هي فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله **قوله** فان تغير عن حاله مثل ان يكون المسروق الذي قطع به غزلا ثم نسج بعد رده فسرقه ثانيا قطع وكذا لو كان قطنا فصار غزلا لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب واذا انبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل اي وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهو شبهة قيام سقوط العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين والتغير يوجب شيئا آخر فان قيل العين باقية حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة اجيب بان للتمكن قبل تبدل الصورة شبهة بسقوط العصمة فكان التمكن بعد شبهة الشبهة فلا تعتبر وفي شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع به ورد فجعله المسروق منه انية او كانت انية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفي كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم رد فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى

فصل في الحرز والاخذ منه

قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام في ذاته ثم ثنى بحرزه لانه خارج عنه ثم الاخراج من الحرز شرط عند عامة اهل العلم وعن عائشة والحسن والنخعي ان من جمع المال في الحرز قطع وان لم يخرج به وعن الحسن مثل قول الجماعة وعن داود لا يعتبر الحرز اصلا وهذه الاقوال غير ثابتة عن نقلت عنه ولا مقال لاهل العلم الا ما ذكرنا فهو كالاجماع قاله ابن المنذر وقد ثبت ان لا قطع في اكل من ثمر الجرين ولا قطع في حريسة الجبل فخصصنا الاية به فجاز تخصيصها بعد بما هو من الامور الاجماعية واما باخبار الاحاد فيبتني على ما هو ابلغ من ذلك ثم الحرز ما عد عرفا حرزا للاشياء لان اعتباره ثبت بنص عام من غير تنصيص على بيانه فيعلم به انه رد الى عرف الناس فيه والعرف يتفاوت وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك وهو في اللغة الموضع الذي يحرز فيه الشيء وكذا هو في الشرع الا انه بقيد المالية اي المكان الذي يحرز فيه المال كالدار والحانوت والخيمة والشخص نفسه والحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا **قوله** ومن سرق من ابويه وان علوا او ولده وان سفل او ذي رحم محرم منه كالاخ والاخت والعم والخال والخالة والعمة لا يقطع وقال مالك وشذوذ يقطع بالسرقة من الابوين لانه لا حق له في مالهما ولذا يحد بالزنا بجاريتهما ويقتل بقتلهما وبه يبطل قوله في الكل فاما في الولاد فلا اختلاف فيه وقال ابو ثور وابن المنذر يقطع الاب ايضا في سرقة مال ابنه لظاهر الاية وقال الشافعي يقطع في السرقة من غير الولاد اما وجه الاول اي عدم القطع في قرابة الولاد فلانها عادة يكون معها المبسوطة في المال والاذن في الدخول

في الحرز يعد كل منهما بمنزلة الآخر ولذا منعت شهادته له شرعا وتخصيص سرقة الاب من مال الابن بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك واما غير الولاد وهو الذي اراد المصنف بقوله والثاني للمعنى اي الاذن في الدخول في الحرز فالحقهم الشافعي رحمه الله بالقرابة البعيدة قال المصنف وقد بيناه في العتاق اي مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ونحن الحقناه بقرابة الولاد وقد رأينا الشرع الحقهم بهم في اثبات الحرمة وافتراض الوصل فلذا الحقناهم بهم في عدم القطع بالسرقة ووجوب النفقة ولان الاذن بينهما ولا كانت عادة للزيارة وصلة الرحم ولذا حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة كالعضد للدملوج والصدر للقلادة والساق للخلخال وما ذاك الا للزوم الحرج لو وجب سترها عنه مع كثرة الدخول عليها وهي من اولة الاعمال وعدم احتشامها من الآخر وايضا فهذه الرحم المحرمة يفترض وصلها ويحرم قطعها وبالقطع يحصل القطع فوجب صونها بدرئه ذكره في الكافي وسيأتي ما فيه ومما يدل على نقصان الحرز فيها قوله تعالى ولا على انفسكم ان تأكلوا من بيوتكم او بيوت ابائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم ورفع الحرج عن الاكل من بيوت الاعمام والعمات مطلقا يؤنس اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم ان ترك لقيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا في انت ومالك لابيك **فان قلت** فقد قال او صديقكم كما قال او بيوت اخوالكم والحال انه يقطع بالسرقة من صديقه **اجيب** بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا في حال العداوة ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذي الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه فسرقة مال الغير من بيت ذي الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذي الرحم المحرم من غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكر على الوجه الذي قدمناه من ان في القطع القطيعة فيندرئ وهو المولى ولذا والله اعلم يعرج المصنف عليه **قوله** ومن سرق من امه من الرضاعة قطع وهو قول اكثر العلماء وعن ابي يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استيذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الابن من الرضاعة وجه الظاهر انه لا قرابة بينهما والحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا بان زنى بامرأة تحرم عليها امها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما او اقرب من ذلك الاخت من الرضاعة فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق في اثبات القطع اولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطي ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابي يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الى آخره بقوله وهذا لان الرضاع قل ما يشتهر فلا بسوطة تحرزا عن موقف التهمة بخلاف النسب فانه يشتهر فلا تحتشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استيذان الى آخره فقال لا نسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل الا باستيذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع في سرقة مال اخته من الرضاعة ولم يقطع في سرقة امه من النسب **قوله** واذا سرق احد الزوجين من مال الآخر او العبد من سيده او من امرأة سيده او زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن في الدخول عادة فاختل الحرز وان سرق احد الزوجين من حرز الآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعي في احد اقواله وبه قال مالك واحمد وفي قول آخر كقولنا وفي قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان للمرأة حقا في ماله اي النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة في الاموال عادة ودلالة فانها لما بذلت نفسها وهي انفس من المال كانت بالمال اسمح ولان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالد

وفي موطا مالك عمر انه اتي بغلام سرق مرآة لامراة سيده فقال ليس عليه شي خادمكم سرق متاعكم
فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى قال المصنف هو نظير الاختلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع
احدهما بمال الاخر كان شهادته لا يقبل لاتصال المنافع وعنده تقطع كما تقبل في احد قوليه فان قلت
احد الزوجين ربما لا يبسط الاخر في ماله بل يحبسه عنه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما
ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفي شرح الطحاوي لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة لا يقطع
وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او ابيه او زوج ابنته او بنت زوج امه ان كان يجمعهما منزل واحد
لم يجب القطع بالاتفاق وان كان كل في منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق احد الزوجين من الاخر ثم
طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه
سواء كان التزوج بعد ان قضي بالقطع او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي
عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امراته المبتوتة او المختلعة في العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هي من الزوج
في العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع **قوله** ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع بلا خلاف
لان للمولى حقا في اكسابه ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى وان عتق كان له ولا
يقطع في سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكذا لا
يقطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبد له او من زوجة سيده وهو قول
اكثر اهل العلم وقال ابو مالك وابو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من علا سيده كزوجة سيده لعموم
الاية وتقدم اثر عمر وهو في السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المراة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله
ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فحل محل الاجماع فيخص به الاية والحكم في المدبر كذلك وكذلك السارق
من الغنم لا يقطع لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن علي رضي الله عنه درا وتعليلا رواه عبد الرزاق في
مصنفه اخبرنا الثوري عن سماك بن حرب عن ابي عبيدة بن الابرص وهو يزيد بن دثار قال اتي علي رضي الله عنه
برجل سرق من الغنم فقال له فيه نصيب وهو خاين فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطني
قيل وفي الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجة ثنا جبارة بن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس
رضي الله عنهما ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله
سرق بعضه بعضا ولا يخفى ان هذا ليس مما نحن فيه الا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه
بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقي الغنيمة واسناده ضعيف **قوله** قال اي المصنف رحمه الله الحرز
لابد لوجوب القطع لان الاستسرار لا يتحقق دونه لانه اذا لم يكن حافظ من بناء ونحوه او انسان متصد للحفظ
يكون المال سائبا فلا فلا يتحقق اخفا الاخذ والدخول فلا يتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى السارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما بنفسه يوجب الحرز لا يتصور السرقة دون الاخفاء دون الحافظ فيخفي الاخذ منه
او البناء فيخفي دخوله بيت غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه قوله صلى الله عليه
وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه واورد
على وفق الكتاب لا مبين مخصص ثم هو على نوعين حرز بالمكان كالدور والبيوت والجدران والحوانيت للتجار
والبساتين التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما اعد لحفظ الامتعة
وتحته يكون الحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك كمن جلس في الطريق او في الصحرا او

في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت
راسه وهو نايم في المسجد على ما رواه ابو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطا واحمد في مسنده
من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي بانه حديث صحيح وله طرق كثيرة والفاظ مختلفة
وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن بتعدد طرقه واتساع مخرجه انساغ ثبوت
الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن ابيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداء
له من برد فوضعه تحت راسه فنام فاتاه لص فاستله من تحت راسه فاخذه فاتى به النبي صلى الله عليه
وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت رداء هذا قال نعم قال
اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع يده فقال صفوان ما كنت اريد ان تقطع
يده في ردائي فقال فلولا كان قبل ان تاتيني به زاد النسائي فقطعه وفي المسند ان ثمنه خميصة
ثمن ثلثين درهما **قوله** وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح احترازا عما في العيون ان على
قول ابي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن اي في وقت دخولها اذا كان ثمه حافظ وقال
ابو يوسف ومحمد لا يقطع وبه اخذ ابو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر
المذهب وجه الصحيح انه محرز بدون الحافظ لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول
يد غير صاحبه الى ما فيه ويكون المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع
مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح انه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها
وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا انه اختل الحرز للاذن
في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق مما عنده
من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نايما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر النظر
عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب او له باب ولكنه مفتوح يقطع لان البنا للاحراز الا انه لا يجب
القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج
من حرزه بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما اخذه لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فيتم السرقة فيجب موجبها
ولا فرق في وجوب القطع بين كون الحافظ في الطريق او الصحرا او المسجد مستيقظا او نايما والمتاع تحته او تحت
راسه او عنده وهو بحيث يراه لانه يعد النايم عند متاعه وبحضرته كيف ما نام مضطجعا او لا حافظا له في
العادة وقوله هو الصحيح احترازا عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت راسه او تحت جنبه وجه الصحيح
ما ذكرنا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير اذا حفظا الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك
حفظا لضمنا بخلاف ما اختاره في الفتاوى فانه اوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام
مضطجعا ثم ما كان حرز النوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره الكرخي حتى لو سرق لولوة في اصطبل
او حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد اطلق محمد عدم القطع فيه وفي الذخيرة وهو
مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن داعيا فان كان الذي يحفظها هو التالي
لا يقطع والذي في المنتقى عن ابي حنيفة واطلق خواهر زاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق
بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض اصحابنا ان كل شي يعتبر حرزه بمثله
فلا يقطع باللولوة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة وهذا قول الشافعي **قوله** ومن سرق شيئا من حرز

الراعي

او غير حرز كالصحرا وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين وهذا بعمومه يتناول
ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم ان الصحيح انه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن لان قوله
وصاحبه عنده يخص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام على انه حرز على ان قوله بعد ذلك ولا قطع
على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي ان لا يقطع وان كان صاحبه
عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما تقدمه من الاصل المذكور **قوله** ويدخل في
ذلك اي يدخل في بيت اذن في دخوله الخانات والحوانيت فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر
يفتح حانوته نهارا في السوق وياذن للناس في الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيا لا يقطع وكذا
الخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف
بالليل ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بني لاحراز الاموال
فلم يكن محرزا بالمكان ليسقط اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع
بالاخذ وعلى هذا ما في الخلاصة جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه
او تحت راسه لا يقطع ولو كان في المسجد جماعة قطع **قوله** ولا قطع في الضيف اذا سرق ممن اضافه لان
البيت لم يبق حرزا في حقه لكونه ماذونا في دخوله ولانه بالاذن صار بمنزلة اهل الدار فيكون فعله خيانة
لا سرقة وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل او من صندوق مقفل
ذكره القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا اخرج اللص من بعض بيوت الدار
الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن في الدار اختل الحرز في البيوت وسياتي
ما يفيد هذا **قوله** ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد
من الاخراج ولان الدار وما فيها في يد صاحبها معنى فيمكن شبهة عدم الاخذ وهتك الحرز فان كانت
فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع هذا كلام محمد واول بما اذا كانت الدار عظيمة
فيها بيوت كل بيت يسكنه اهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء اهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار
وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانها على هذا التقدير يعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف
ما تقدم لان بيوت الدار كلها في يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفي الفتاوي
الصغرى القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من اهل الدار
على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم في الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه
اذا تلف المسروق في يده قبل الاخراج من الدار لا قطع عليه والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي
بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد **قوله** وان اغار انسان من اهل المقاصير على مقصورة
منه قطع يريد دخل مقصورة على غرة فاخذ بسرعة يقال اغار الفرس والثعلب في العدو واذا اسرع وقوله
فسرق تفسير لقوله اغار **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال فناوله اخر خارج البيت
عند النقب وعلى الباب فلا قطع عليهما بلا تفصيل من اخراج الداخل يده الى الخارج او ادخال الخارج يده
ثم روي عن ابي يوسف ان اخراج الداخل يده بها الى الخارج فالقطع على الداخل وان ادخل الخارج يده فناولها
فعليهما القطع وعلل للاطلاق الذي هو ظاهر المذهب بقوله لاعتراض يد معتبرة على المسروق قبل خروجه
اي قبل خروج الداخل والوجه ان يقطع الداخل كما عن ابي يوسف لانه دخل الحرز واخرج المال منه بنفسه

وكونه لم يخرج كله معه لا اثر له في ثبوت الشبهة في السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل
والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا ادخل الخارج يده
فاخذها وفيه قال ابو يوسف يقطعان وقول ما للاثنان كانا متعاونين قطعا هو محل قول ابي يوسف
وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق في هذه الصورة الا اذا اتفق ان خارجا
راى نقبا فادخل يده فوقعت على شي مما جمعه الداخل فاخذه وظاهر انه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة
بناء على مسئلة اخرى تاتي يعني مسئلة نقب البيت والقاه في الطريق ثم خرج واخذه ولم يذكر محمد
ما اذا وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج فاخذه ان خرج بقوة الما لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع
لانه اخراج ذكره التمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا اخرجه الما بقوة جريه الاصح انه يلزمه القطع
وبه قولنا لا يمة الثلاثة لان جري الما به كان بسبب القايه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة
حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا او جريه ضعيفا
فاخرجه بتحريك الما قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج
مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل ان يخرج به ولو القاه الداخل في الطريق ثم اخرج واخذه
قطع وبه قالت الايمة الثلاثة خلافا لزفر له ان الالقا غير موجب للقطع كما لو اخرج ولم ياخذه بان تركه
او اخذه غيره وكذا الاخذ من السكة غير موجب للقطع فلا يقطع بحال ولنا ان الرمي حيلة تعتادها السراق
لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب او ليتفرغ لقتال صاحب الدار وللفرار ان ادرك ولم يعترض على المال
الذي اخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا اخرج ولم ياخذه فهو مضيع لمال صاحب الدار
عداوة ومضارة لا سارق واذا اخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل
ان يد السارق ثبتت عليه وبالالقا لم تنزل يده حكما لعدم اعتراض يد اخرى الا ترى ان من سقط منه
في الطريق واخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده
اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو اخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية وكذا اذا حمله على حمار وساقه
فاخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه فيقطع وفي مبسوط ابي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع
ولو خرج بلا زجر لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها
ولذا اذا علقه على طاير فطار به الى منزل السارق ولم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع
قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان
والقياس ان يقطع الحامل وحده وهو قول زفر والايمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ
ان ينسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه وانما تمت السرقة قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم
لان الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى واذا باشر بعضهم القتل
والاخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل ردءا بسبب معاونتهم وان
قدرة القاتل والاخذ انما هي بهم فكذا هنا فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع فكان
مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك فلو امتنع القطع ادى الى سد باب الحد انما يتم لو لم يحضر
وانما وضعها في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف
بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وابد حبسهم الى ان تظهر توبتهم **قوله** ومن نقب البيت وادخل يده فاخذ شيئا

لم وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولم يذكر الحاكم خلافا وروي عن ابي يوسف في الاملاء انه يقطع
وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا لاجله فكان
هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا اثر لها
غير ما حصل وصار كما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي وفي الجوالق والغطريفي
درهم منسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام الرشيد وكانت دراهمه من اعز النقود ببخارى
قال المصنف ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال لعرفت ان هذا في حيز المنع منهم فاثبته بقوله تحرزا
عن شبهة العدم وهي مسقطة فان الناقص يشبه العدم اي شبهة عدم السرقة وقد يمنع نقصان هذه السرقة
لانها اخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا
المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام ولا نقص فيه وكون الدخول هو
المعتاد باتفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شيء ما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما
يدخل الانسان يده من كوة بيت فيقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن
فسقط اعتباره بخلاف البيت وبخلاف ما تقدم من حمل اللص المتاع فانه هو المعتاد **قوله** ومن طر اي
شق صرة والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم لم يقطع وان ادخل
يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز
وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ
في الوجهين ينعكس الجواب فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه اخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم وان كان الرباط
من داخل الكم لا يقطع لانه حينئذ ياخذها من خارج الكم فظهر ان انعكاس الجواب لانعكاس العلة وعن
ابي يوسف انه اي الطرار يقطع على كل حال وهو قول الائمة الثلاثة لان في صورة اخذه من خارج الكم
ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلان يكون محرزا به وهو
يقظان والمال لاصق به اولى قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم او الجيب لا نفسه
فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما في حال المشي او في غيره فمقصوده في الاول ليس الا
قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثاني فمقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته
فانه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب
الا ترى ان من شق جوالقا على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه
هاتكا للحرز فيقطع ولو اخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط
لا يقطع لانه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فلهذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الفسطاط مكفوفا
عنده يحفظه او في فسطاط اخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان
الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع
لانها بيت حفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت
غائبة عن نظره او هو نائم او مشغول فليست محرزة وكذا اذا اخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطورة يقطع
وما ذكر من التفصيل في الطر ظاهر ان ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما ياتي على قول ابي يوسف
قوله وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم

وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان
مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل واخذ منه قطع لان الجوالق في مثل هذا حرز لانه يقصد
بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق
حافظ حرز فيقطع في اخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ واما القائد فحافظ الجمل الذي زمامه بيده
فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرزة عندهم بقوده وفرض ان
قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافي ان يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره
والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في حريسة الجبل محمل على ترك الراعي اياها في المرعى وغيبتها
عن عينه او مع نومه والقطار بكسر القاف الابل تشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم
متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض **قوله** وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه
قطع ومعناه اذا كان الجوالق في موضع ليس بحرز كالطريق والمفازة والمسجد ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه
لكونه مرصدا للحفظ وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه يعد حفظا عادة وكذا
النوم بقرب منه على ما اخترناه من قبل يعني عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عنده ساعة حافظا له وذكر في
بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه او حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وبانه
لا يشترط في قطع السارق من الحافظ كونه **فصل في كيفية القطع واثباته** ظاهر ترتيبه
على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه بالقطع لما علمنا من قبل قوله
تعالى فاقطعوا ايديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة ان ما اضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد يجمع
مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال الظهر انهما مثل ظهور الترسين والافصح الجمع واما كونها
اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا ايمانهما وهي مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد
المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح انه لا اجمال في فاقطعوا ايديهما وقد قطع عليه السلام اليمين والصحابة فلو
لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين انفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال
وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا او الامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته
من طلب الايسر لهم ما امكن واما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا
يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالي فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم او ضعفهم وروي فيه
خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم امر بقطعه من المفصل وضعف
بالعرزمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل
وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا اعرف له حالا واخرج ابن ابي شيبة عن رجاء بن حيوة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال واخرج عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما قطعا
من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج
في القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله اعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في
الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا اشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر
من اطلاق اليد فكان اولى باعتباره ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ متيقن
ما الى الرسغ درءا للزائد عند احتمال عدمه واما الحسم فقد روى الحاكم من حديث ابي هريرة انه عليه الصلاة والسلام

اتي بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله
فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم اتي فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال
تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه ابو داود في المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام في غريب الحديث
واخرج الدارقطني عن حجية عن علي انه قطع ايديهم من المفصل ثم حسمهم فكاني انظر اليهم والى ايديهم
كانها ايور الحمر والحسم الكي ليستقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو ان يغمس في الدهن الذي اغلي من
الزيت وكلفة الحسم في بيت المال عندنا لانه امر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على
السارق وقول المصنف لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي واحمد انه مستحب
فان لم يفعل لا يأثم وسن تعليق يده في عنقه لانه عليه السلام امر به رواه ابو داود وابن ماجة وعندنا
ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه عليه السلام في كل من قطعه ليكون سنة **قوله** فان سرق ثانيا
قطعت رجله اليسرى بالاجماع وقد روي فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند اكثر اهل العلم وفعل عمر
ذلك وقال ابو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع
له عقبا يمشي عليها فان سرق ثالثا لا يقطع بل يعزر ويخلد في السجن حتى يتوب او يموت وقال الشافعي في الثالثة
تقطع يده اليسرى وفي الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ثم
ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن اخرج ابو داود عن
جابر قال جيء بسارق الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه
فقطع فقطع ثم جيء به في الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الرابعة
فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جيء به الخامسة قال اقتلوه قال جابر
فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فالقيناه في بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائي حديث منكر ومصعب
ابن ثابت ليس بالقوي واخرج النسائي عن حماد بن سلمة انا يوسف بن سعيد عن الحارث بن حاطب الجمحي
ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بلص فقال اقتلوه فقال يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه ثم سرق فقطعت
رجله ثم سرق على عهد ابي بكر حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال ابو بكر كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم اعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبراني والحاكم في المستدرك وقال صحيح
الاسناد قال المصنف وروي مفسرا كما هو مذهبه اخرج الدارقطني عن ابي هريرة عنه عليه السلام
قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله
وفي سنده الواقدي وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن وكذا طعن الطحاوي كما ذكر المصنف
فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها اصلا وفي المبسوط الحديث غير صحيح والا احتج به بعضهم في
مشاورة علي ولئن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان في الابتداء تغليظ في الحدود الا ترى ان النبي صلى الله
عليه قطع ايدي العرنيين وارجلهم وسمر اعينهم ثم انتسخ ذلك واما فعل ابي بكر وعمر فروى مالك في الموطا
عن عبد الرحمن بن القاسم عن ابيه ان رجلا من اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على ابي بكر الصديق فشكى اليه
ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلي من الليل فيقول ابو بكر وابيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقدا لاسماء بنت
عميس امرأة ابي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت اهل هذا البيت الصالح فوجدوا
الحلي عند صائغ زعم ان الاقطع جاء به فاعترف الاقطع وشهد عليه فامر به ابو بكر فقطعت يده اليسرى وقال

ابو بكر لدعاؤه على نفسه اشد عليه من سرقته ورواه عبد الرزاق انا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة
قالت قدم على ابي بكر رجل اقطع فشكى اليه ان يعلى بن امية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زدت
على انه كان يوليني شيئا من عمله فخنته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له ابو بكر ان كنت صادقا
فلاقيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد ال ابي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال
اللهم اظهر من سرق اهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال
له ابو بكر ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع ابو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطائه قال
الزهري ويروى عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلي اسماء اقطع اليد اليمنى فقطع ابو بكر رجله
اليسرى قال وكان ابن شهاب اعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكي عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان
وعمر بن عبد العزيز انه يقتل في المرة الخامسة كما هو ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى
انه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة **قوله** ولنا قول علي رضي الله عنه الى آخره قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار
انا ابو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق
قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لاستحيي من الله
ان ادعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق
في مصنفه انا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك يسجنه ويقول
اني لاستحيي من الله ان لا ادع له يدا يأكل بها ويستنجي بها رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا حاتم بن اسماعيل
عن جعفر بن محمد عن ابيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا اتي به بعد ذلك قال
اني لاستحيي ان ادعه لا يتطهر لصلاته ولكن احبسوه واخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي انه اتي بسارق
فقطع يده ثم اتي به فقطع رجله ثم اتي به فقال اقطع يده باي شيء يتمسح وباي شيء يأكل اقطع رجله على اي شيء يمشي
اني لاستحيي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن ابي شيبة ان نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق
فكتب اليه بمثل قول علي واخرج عن سماك ان عمر استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي واخرج
عن مكحول ان عمر قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل
بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين واخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس
له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا كله قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد ان يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه
وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع صلى الله عليه وسلم اربعه
ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا يخبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين بل اقل
ما في الباب ان كان ينقل لهم ان غابوا لا يبعد علمهم بذلك تقتضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات
المذكورة في الاتيان على اربعته واما لعلمه ان ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأي الامام قتله لما شاهد فيه من
السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي **قوله**
ولهذا حاج علي بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا يشير الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور
حدثنا ابو معشر عن سعيد بن ابي سعيد المقبري عن ابيه قال حضرت علي بن ابي طالب اتي برجل مقطوع اليد
والرجل قد سرق قال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا امير المؤمنين قال قتلته اذن وما عليه القتل
باي شيء يأكل الطعام باي شيء يتوضأ للصلوة باي شيء يغتسل من جنابته باي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن اياما

ثم استخرجه فاستشار اصحابه فقالوا مثل قولهم الاول وقال لهم مثل ما قال اولا مرة فجلده جلدا شديدا ثم
ارسله وقال سعيد بن منصور حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عايذ قال اتي عمر بن الخطاب باقطع
اليد والرجل قد سرق فامر ان يقطع رجله فقال علي قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الاية
فقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قايمة يمشي عليها اما ان تعذره واما ان
تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقي في سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من اسند الاول على
رضي الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف ولانه اهلاك معنى هو من قول علي رضي الله عنه فقتله اذن والحد
زاجر لا مهلك ولانه نادر الوجود اذ يندر ان يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب
على ما مر غير مرة بخلاف القصاص يعني لو قطع رجل يدي رجل قطعت يداه وارجله قطعنا رجله لانه حق للعبد
فيستوفيه ما امكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب
لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى
مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث امكن واذ انتفى ارادة اليسرى
بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الاية السارق مرة واحدة فاقطعوا
ايديهما وثبت قطع الرجل في الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك لقيام الدليل على العدم **قوله**
وان كان السارق اشل اليد اليسرى او مقطوع الرجل اليمنى او كانت رجله اليمنى شلاء لا يقطع لان في القطع
والحالة هذه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة او مشلولة او مشيا اذا كان ذلك
في رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشي
لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة ولذا لا تقطع يمين السارق اذا كانت ابهام يده اليسرى او رجله
اليسرى مقطوعة او شلاء او الاصبعان من واحدة منهما سوى الابهام لان قوتهما تقوم مقام قوة الابهام
في نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع
الابهام والاصابع لو كان في اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة
وانما خولف في هذا الباب ما ذكر في الكتاب بحيث جعل القايم مقام الابهام المخل بالبطش فوات ثلث اصابع
وهنا جعله اصبعين لان الحد يحتاط في درئه **قوله** واذا قال الحاكم للحداد اي للذي يقيم الحد فعال
منه كالجلاد من الجلد اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فقطع يساره عمدا فلا شي عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
ولكن يؤدب وبه قال احمد وقالا لا شي عليه في الخطا ويضمن في العمد ارش اليسار وعند زفر يضمن في الخطا
ايضا خلافهما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي تقتص
في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضا بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت
لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان اتلفه لان سقوط القضا
باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ولذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى
لما عرف **قوله** والمراد اي المراد بالخطا الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطا في الاجتهاد
ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في ان قطعها يجزي عن قطع السرقة
نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا ايديهما اما الخطا في معرفة اليمين من الشمال لا
يجعل عفوا لانه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد

حينئذ ان يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزايها وقيل الخطا في اليمين والشمال يجعل عفوا ايضا لزفر
انه قطع يدا معصومة والخطا في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه انما اخطا في اجتهاده وخطا
المجتهد موضوع بالاجماع وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار ولهما في العمد
انه جان حيث قطع يدا معصومة بلا تاويل تعمدا للظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات لانه هو لم يفعله عن
اجتهاد وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة الناشئة من اطلاق النص ولابي حنيفة رحمه الله انه
وان اتلف بلا خلف طلما لكنه اخلف من جنسه ما هو خير له وهي اليمنى فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة
البطش بها اتم فلا يضمن شيا وانما قلنا انه اخلف لان اليمنى كانت على شرف الزوال فكانت كالفانية فاخلفها
الى خلف استمرارها وبقايها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه من جنس
ما اتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشي واما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض
عليه شيا اصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بالفين وقيمته الف او شهدا بمثل قيمته ثم رجعا
بعد القضا لا يضمنان شيا **قوله** وعلى هذا اي على تعليل ابي حنيفة بالاخلاف لقطع يساره غير الحداد ايضا
لا يضمن للاخلاف وهو الصحيح احترازا عما ذكر الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد
بامر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطا الديه **قوله** ولو ان السارق اخرج
يساره وقال هذه يميني فقطعها لا يضمن وان كان عالما بانها يساره بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم في العمد
عنده على السارق ضمان المال اذا كان استهلكه لانه لم يقع حدا ففي الخطا كذلك على هذه الطريقة اعني طريقة
عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاخلاف ولازمها عدم وقوعه حدا وكلاهما واحد الا ان الاول اقرب
الى اللفظ وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص
ابو حنيفة رضي الله عنه بلزوم الضمان على السارق في عمد القطع مع انهما ايضا يضمنانه لان توهم انه لا يضمن
انما يثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا
ولذا لم يضمنه فازال الوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا **قوله** ولا يقطع السارق الا ان
يحضر المسروق منه ويطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة والخصم هو المسروق منه فلا بد من
حضوره وهو قول الشافعي واحمد وقال مالك وابو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الاية وكما في حد الزنا
وقوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار خلافا للشافعي في الاقرار هو خلاف الاصح عنده والاصح عنده ان
الاقرار كالبينة يعني اذا اقر الرجل عند الحاكم انه سرق من مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه
لا يقطعه حتى يحضر فلان ويدعي وما ذكر عن الشافعي رواية عن ابي يوسف لان خصومة العبد ليس الا
ليظهر سبب القطع الذي هو حق الله تعالى وبالاقرار يظهر السبب فلا حاجة الى حضوره والجواب
انه ما لم يظهر تصديق المقر في المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو اقر لغايب ثم لحاضر جاز ولان شبهة الاباحة
باباحة المالك للمسلمين او لطايفة السارق منهم ثابته وكذا شبهة وجود اذنه في دخول بيته فاعتبرت
المطالبة دفعا لهذه الشبهة بخلاف الزنا فانه لا يباح بالاباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة
والحق ان احتمال اباحة المالك ونحوه هي المشبهة الموهومة التي سينفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول
عليه ما ذكرنا من ان ملك المقر قايم ما لم يصدقه المقر له **قوله** وكذا اذا غاب المسروق منه عند القطع
لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعي واحمد خلافا لمالك لان الامضاء من القضا في الحدود على ما مر وعلى

ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه في ثبوت خلافا للشافعي لكن علمت ان الاصح انه كقولنا ولما ثبت ان المطالبة شرط
شرع في بيان من له المطالبة فقال وللمستودع بفتح الدال والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم
اي اذا سرق الوديعة او المال المغصوب واما صاحب الربا فكالمشتري عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها
سارق قطع بخصومته لان هذا المال في يده بمنزلة المغصوب اذا المشتري شراء فاسدا في يد المشتري
كالمغصوب ولرب الوديعة ان يخاصمه ويقطعه ايضا كالمودع وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعي
لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض
على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة كمتولي الوقف والاب والوصي يقطع السارق لما في ايديهم من
مال الوقف واليتيم بخصومتهم ويقطع ايضا السارق من هولاء بخصومة المالك بما في ايديهم الا ان الراهن
انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين او بعده والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء
الدين ويدل عليه تعليله بقوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه اي بدون قضاء الدين فليس له
ان يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف انه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن ان يكون
هذا جواب القياس يعني للمالك ان يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون ادنى حالا منه وقيد
بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق
له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ • وفي غاية البيان وينبغي ان يكون للراهن ولاية القطع اذا
كانت قيمة الرهن ازيد من الدين بقدر عشرة لان الزايد امانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك
القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته **قوله** فالشافعي رحمه الله بناه اي بنى عدم القطع
بخصومة هولاء على اصله وهو ان لا خصومة لهم في الاسترداد عنده حتى لو جحد من في يده المال المودع كان
غير المودع الا ان يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء اليد فلان لا يملكونها
لاعادة اليد اولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول
مالك ويزيد المستعير ايضا وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ ولا يظهر في حق
القطع لان فيه اي في القطع تفويت الصيانة لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض
اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا للتفويت • ولنا ان السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند
القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا وهذه النكتة هي مبنى الخلاف اعني
كون خصومتهم معتبرة فاثبتها بقوله اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد والاحسن ان يقال لهم ولاية الحفظ
وهو باليد فكان استعادتها حقا لهم كما ان للمالك بل المالك في الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان الامين
كان امينا لا يقدر على اداء الامانة الا بها وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان
خصومة في حق هولاء تظهر به السرقة فيجب بها القطع • ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول
سرق مني وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته في القصاص لا يعتبر ولا يقضى بخصومته
لانه ليس فيه حقه في اعادة يده واورد ان في صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احدى
الحجتين ولذا لو اقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعي مع ظهور السرقة
بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قيل والتوهم موجود في هذه
الصورة مع انه يقطع اجيب بان المستعير ومن ذكر معه اصحاب يد صحيحة وبينا ان لهم حق الاسترداد لحفظه

كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل الا ترى انه لا يستغني عن اضافة الخصومة الى غيره وفي فصل الاقرار
شبهة زايدة هي جواز ان يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع
الشبهة ثم اجاب عن قول زفر بقوله وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء حقا لله تعالى وان لزم عدم تقومه
ولا داهي لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع انه مهدر في اعتبار الشرع بدليل
الاجماع على ان يقطع بخصومة الاب والوصي بسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك
مردودا بدلالة الاجماع وقوله ولا معتبر بشبهة موهومة جواب عن مقدر هو ان يقال احتمال اقرار
المالك له اي اعترافه بانه له وان اذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة
يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها في الحال لا على تقدير متوقع
في الحال الا ترى ان القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع
يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفي او اذنت له في الدخول في بيتي ولا يخفى ان لا فرق بين هذه
الشبهة والشبهة التي ذكرها بعضهم في اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك
المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز انه اذا حضر قال كنت ابحته للمسلمين او لطايفة السارق منهم كان
ان يقر له به سواء فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك وان اعتبرت تلك بسبب قيام
احتمالها في نفس الامر لا على تقدير حضوره المتوقع في الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان اذن
له او انه مقر له به قايم في الحال وقوله في ظاهر الرواية احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد انه قال
ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المستودع **قوله** وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له
ولا لرب المال ان يقطع السارق الثاني وبه قال احمد والشافعي في قول وقال مالك والشافعي في قول
يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق
الاول اولا ولنا ان المال لما وجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم في حقه وكذا في حق المالك لعدم
وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد امانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم
فلا قطع فيه • وروي في نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم اقطع الثاني وان درأت القطع عن الاول
بشبهة قطعت الثاني ومثله في الاملاء لابي يوسف واطلق الكرخي والطحاوي عدم قطع السارق
من السارق وهو قول احمد لان يده ليست يد امانة ولا يد ملك فكان ضايعا ولا قطع في اخذ مال ضايع
قلنا بقي ان يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور وللاول ولاية الخصومة
في الاسترداد في رواية لحاجته اذ الرد واجب عليه وفي رواية اخرى ليس له ذلك لان يده ليست
يد ضمان ولا امانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه انه اذا ظهر هذا الحال
عند القاضي لا يرده الى الاول ولا الى الثاني اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثاني
الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ اموال الغيب • ولو سرق الثاني قبل ان يقطع الاول
او بعد ما درئ عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم
يوجد فصار يده كيد الغاصب **قوله** ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم
لم يقطع وعن ابي يوسف انه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر ان الخصومة
شرط لظهور السرقة التي هي الموجب للقطع وكانت شرطا في القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد

لانها اعني الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهي انما جعلت حجة لقطع المنازعة وقد
انقطعت المنازعة بالرد بخلاف ما بعد المرافعة اي بخلاف ما لو ردها بعد المرافعة وسماع البينة
والقضا فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة
بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشيء ينتهي
وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قايمة بقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في
عدم القطع بين ان يرد قبل الخصومة الى المالك او الى ابيه او امه او جده او جدته وان لم يكونوا
في عياله ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما
وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمه كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله
يبرأ فلا يقطع كما لو رده الى زوجته او عبده او مكاتبه او اجيره مشاهرة وهو الذي يسمي غلامه او مسانهة
يبرأ في هولاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورد الى سيده او من العيال ورده الى من يعولهم اي سرق
من شخص ورده الى من يعول المسروق من شخص منه يبرأ ولا يقطع ويبرء المستعير والمودع برد الوديعة
الى من يعول المودع اما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا الى ولده واقاربه المحرمة الذين في عياله
ولا الى الزوجة ومن ذكر معها **قوله** واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك وسلمها اليه
او باعها منه لا يقطع وقال زفر والشافعي ومالك واحمد يقطع وهو رواية عن ابي يوسف لان السرقة
قد تمت انعقادا بفعلها بلا شبهة وظهورا عند الحاكم وقضي عليها بالقطع ولا شبهة في السرقة الا وقت
اعتبار وعارض الملك المتاخر متقدما ليثبت اعتباره وقت السرقة ولا موجب لذلك فلا يصح فلا شبهة فيقطع
ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان انه قال يا رسول الله لم ارد هذا ردائي عليه صدقة فقال
عليه السلام فهلا قبل ان تاتيني به رواه ابوداود وابن ماجة زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو اقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك
فينتفي القطع **قوله** ولنا ان الامضاء يعني استيفاء الحد بالفعل من القضاء في باب الحدود فما قبل
الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والثاني في بيان ان
الاستيفاء من القضاء او هو القضاء في هذا الباب وقد بيناه في حد الزنا ان المصنف لما كان هذا هنا
من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل جنح بقوله لوقوع الاستغناء عنه اي عن القضاء بالاستيفاء
حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل امر بالاستيفاء او استوفى هذا الحد بنفسه سقط عنه القضا
وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله تعالى عز
وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضا لفظا بل ولا يفيده سقوط الواجب
عنه الا بالاستيفاء واذا كان كذلك والخصومة شرط يشترط قيامها عند الاستيفاء كما عند القضا
وهي منتفية بالهبة بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لان به تنتهي الخصومة والشيء
بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع واما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم
في المستدرك انا ابيعه وانسئه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت
اريد هذا او قوله ايقطع رجل من العرب في ثلثين درهما ولم يثبت انه سلمه اليه في الهبة ثم الواقعة
واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة

عليه كان بعد الدفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض **قوله** وكذلك اذا انتقصت قيمتها
اي قيمة السرقة اي العين المسروقة من حيث سعره بعد القضا قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر
المذهب وعن محمد يقطع وهو قول زفر والائمة الثلاثة اعتبارا بالنقصان بالعين فانه اذا كانت
ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق فكذا اذا انتقصت قيمتها وقت
الاستيفاء كذلك ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لما ذكرنا انه من القضاء
وهو منتف في نقصان القيمة بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه فكان الثابت عند القطع
نصابا كاملا بعضه عين وبعضه دين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه لانه يكون بفتور الرغبات
وذا لا يكون مضمونا على احد فلم تكن العين قايمة حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا في النهاية وصار كما لو كان
السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه **قوله** واذا ادعى السارق ان العين
المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة قال المصنف معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة
وانما فسر به ليخرج ما اذا اقر بالسرقة ثم رجع فقال لم اسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه
المال وقال الشافعي لا يسقط بمجرد دعواه وهو احد الوجهين كذا ذكره بعض اصحابه وهو رواية عن احمد
لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدي الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا وتقل عنه انه لا يقطع
قيل هو نص الشافعي وعن احمد رواية انه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال
ابن قدامة واولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحد يدرأ بالشبهات وهي احتمال الصدق قال المصنف
ولا معتبر بما قال من انه يفضي الى سد باب الحد بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار اجماعا والسارق لا يعجز عن
ذلك مع انه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق اقل من القليل لفقهها وهم لا يهتدون لها **قوله** واذا اقر
رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا لان الرجوع عامل في حق الراجع منهما ويورث الشبهة في حق الاخر
لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة فتتحد فتعمل الشبهة فيهما **قوله** فان سرقا ثم غاب احدهما وشهد
الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر الحاضر منهما في قول ابي حنيفة الاخر وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة
وكان يقول اولا لا يقطع لانه ان حضر الغايب ربما يدعي شبهة والسرقة واحدة فتعمل في حقهما وجه قوله
الاخر ان الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغايب فبقي معدوما فانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط ولا
معتبر بتوهم حدوث شبهة على ما مر في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغايب
لا يقطع الا ان تعاد تلك البينة عليه او يثبت ببينة اخرى وكذا اذا اقر بسرقة مع فلان الغايب لا يقطع
في قوله الاول ويقطع في قوله الاخر وهو قول باقي الايمة **قوله** واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة
عشرة دراهم بعينها حاصل وجوه هذه المسئلة اربعة لان العبد المقر بالسرقة اما ماذون له او محجور
عليه وفي كل منهما اما ان يقر بسرقة مستهلكة او قايمة فالماذون له اذا اقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة
ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان اقر بسرقة قايمة قطع عند الثلاثة وهذا قول
المصنف ولو كان ماذونا قطع في الوجهين ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى او كذبه وقال زفر
لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان اقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال
زفر لا يقطع وان اقر بسرقة قايمة فقال زفر لا يقطع فظهر ان قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكر المصنف
بقوله قال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة او قايمة او ماذونا

والاقرار لهالكة او قايمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذه اعني اقرار المحجور بقايمة في يده فقال ابو حنيفة
يقطع وترد لمن اقر له بسرقتها منه وقال ابو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه
ويضمن مثله او قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت استاذي بن ابي عمران يقول الاقوال
الثلاثة كلها عن ابي حنيفة فقوله الاول اخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال ابو يوسف ثم رجع الى القول
الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الجلاد في الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى في اقراره وقال
المال مالي اما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر له به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا
وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه اصلا وهو ظاهر غير انه ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق
منه ان كان قايما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان
قايما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال المصنف ان الاصل
عنده ان اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره بها يرد اثره على نفسه او طرفه بالاتلاف
وكل ذلك مال المولى فالاقرار به اقرار على مال الغير مقبولا الا ان الماذون له لما تضمن اقراره الاقرار بالمال
والطرف وبطل في الطرف يواخذ بالمال بضمانه ان كان هالكا وبرده ان كان قايما لصحة اقراره بالمال
لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى حيث اذن له في المعاملات ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان
اثر الاقرار بما يرجع اليه من حيث هو ادمي لا من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه الا
يرى ان المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقي فيه على اصل الادمية فيملكه هو كالطلاق
ولانه لا تهمة في هذا الاقرار ليبطل في حق السيد لان ضرره الراجع اليه به فوق ضرر الراجع به الى المولى
لانه يفوت عليه نفسه او طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان
وبالسماعة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان ما لزمهم من ذلك فرع لزومه مثله فيقبل في حقهم
تبعا لنفاذه عليه وكذا الواقر المفلس بعد القتل يقتل اجماعا وان كان فيه ابطال ديون الناس ولمحمد في
المحجور عليه ان اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب فبقي ما في يده مال المولى اذ الغرض تكذيب المولى
له في اقراره فقد اقر بسرقة مال المولى وبسرقة مال المولى لا يقطع ولهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده بقوله
الى اخره زيادة توكيد اي يوكد ما ذكرنا من عدم القطع ان المال في لزوم القطع اصل والقطع تابع والتابع
من حيث هو تابع لا يتحقق دون متبوعه بحيث لم يجب المال للغير لم يجب القطع وبيان ان المال اصل ان الخصومة
تسمع في السرقة في حق المال حتى لو قال اريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع وكذا يثبت المال في دعوى
السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها واقام رجلا وامراتين تشهد وابها فانه يقضى بالمال دون القطع وكذا
اذا اقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع وفي عكسه لا يسمع حتى لو قال المسروق منه اريد القطع دون
المال لا تسمع خصومته فانما يصح في حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع ولابي يوسف
انه اقر بشيئين اي اقر بما يوجب شيئين القطع وهو اقرار على نفسه فيقطع على ما ذكرنا مع زفر من وجه صحة اقراره
بالحدود والقصاص والمال وهو اقرار على المولى وهو يكذبه فلا يصح في حق المولى والقطع يستحق دون المال
كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع ولا يلزمه المال وكما لو قال الحر هذا الثوب الذي في يد زيد سرقته
من عمرو وزيد يقول هو ثوبي يقطع ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى ولابي حنيفة ان
الاقرار في حق القطع قد صح منه لما بينا في الكلام مع زفر انه ادى الى اخره ويلزمه صحته بالمال لانه

لغير المولى لاستحالة ان يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو
القطع وهو ملزوم لحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هنا يتم الوجه وزيادة في
قولهم لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال في حالة البقا تابع للقطع حتى يسقط عصمة المال باعتباره و
القطع بعد استهلاكه زيادة لا يظهر الحاجة اليها وقوله بخلاف مسئلة الحر يريد الزام ابي يوسف بما اذا
قال الحر الثوب الذي في يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع لعمرو فكذا جاز ان يقطع بما اقر به من مال
الاجنبي ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع في المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وانه
وديعة عند زيد او غصب وادعا زيد ان الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير ان المقر ليس خصما له
في ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع او مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى
او مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع **قوله** واذا قطع السارق والعين
قايمة في يده ردت على صاحبها لبقايها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك
والاستهلاك لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية اخرى
له فيه اولى وهو رواية ابو يوسف عن ابي حنيفة وهو المشهور وبه قال سفيان الثوري وعطا والشعبي
ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين وروى الحسن عنه انه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما
اي في الهلاك والاستهلاك وهو قول احمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك
ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا انه يرد على
المالك وكذا اذا باعه او وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك
قبله انا اضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما اخذت حتى ترد ولانه اتلف مالا مملوكا عدوانا
فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حقي القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين
مختلفين احدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والاخر حق العبد لضرره فيقطع حقا لله ويضمن حق
العبد وصار كاستهلاك الصيد مملوك في الحرم يجب الجزاء حقا لله ويضمنه حقا للعبد وكشرب خمر الذمي
على قولكم فانكم تحدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزامي فانهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها
ولنا قوله صلى الله عليه وسلم فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن
يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن اخيه المسور بن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني لا غرم على السارق
بعد قطع يمينه وضعف بان المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم
ابن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع اخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل
فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل
انه الزهري قاضي المدينة وهذا احد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي
وامامته وذلك الساقط ان كان قد ظهر انه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة
انه محمول على غرم السارق اجرة القاطع مدفوع برواية البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم
يرد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يملكه باداء الضمان

مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه اخذ ملكه فلا يقطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان ولان المسروق لا يبقى مع القطع معصوما حقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه وكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا فكان محرما حقا للشرع فقط كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله ولا يقال جاز كون الشيء محرما الا لغيره ولنفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم ان يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره وقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التي علم تعالى انها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا انه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال كما نعلم ان الاب ملكه الله تعالى جارية ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولدها لانا علمنا انه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبل الوطئ القبلية التي علم تعالى اتصال الوطي بها وكذا في اعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط • فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض ان العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي ان لا يفرق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله الا ان العصمة لا تظهر لسقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل اخر انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع وكذا الشبهة اي شبهة الاباحة انما تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاستهلاك ووجه المشهور ان الاستهلاك وان كان فعلا اخر الا انه اتمام المقصود بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدوما منها فتعتبر الشبهة فيه كما اعتبرت في السرقة وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان في فصل الاستهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد في حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له في حالتي الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف من سحر الذمي لانه اتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد بذلك فكان حرما مبينا ومثله صيد الحرم المملوك وفي المبسوط روى هشام عن محمد انه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الخسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفي الايضاح قال ابو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا الوخاطه قميصا لا يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان واخذ شيا من اموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان لعارض ظهر اثره في حق الحكم واما ديانة فيعتبر قضية السبب **قوله** ومن سرق سرقات فقطع في احدها بخصومة صاحبها وحده فهو اي ذلك القطع لجميعها ولا يضمن شيا لارباب تلك السرقات عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا السرقة التي قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيا من السرقات بالاتفاق لهما ان الحاضر ليس نائبا عن الغائب ولا بد من الخصومة لتظهر السرقة ولا خصومة من الغائب لم تظهر

الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم فبقيت اموالهم معصومة • وله ان الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحد ودعل التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم فاذا كان الحكم الشرعي الثابت في نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لازم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها في نفس الامر علم القاضي بها اولم يعلم لا اثر لعدم علمه بها في نفي الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابت وهو المطلوب • والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب •

باب ما يحدث السارق في السرقة

قوله ومن سرق ثوبا فشقه في الدار قبل ان يخرجه من الحرز نصفين ثم اخرجه وهو يساوي عشرة بعد الشق قطع وعن ابي يوسف انه لا يقطع وان كان لا يساوي عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلف العبارات في افادة قول ابي يوسف في بعضها ما يفيد انه رواية عنه وان الظاهر من قوله كقولهما وهي كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوي والصدر الشهيد والعتابي حيث قالوا وعن ابي يوسف وكذا قول الاسبيجابي ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وشمس الائمة البيهقي زاد فقال في كفايته وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة وفي بعضها ما يفيد انه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال ابو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال ابو يوسف كل شيء يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه • وجه قوله ان السرقة ما تمت الا وقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كالمشتري سرق المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك وهو ان السرقة تمت على غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما ان الاخذ وقع سببا للضمان • ولا يخفى ان المناسب ان يقول ان الشق وقع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغيران ملك ما ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما يكون تلك الولاية موجبة للسببية اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قيس عليه لا في ما وضع سببا للضمان والفرق بين صورة العتق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الاخذ بل في الشق تكلف في تقريره بان قبل الاخذ سبب الضمان لانه عدوان محض لا للملك وكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر في الاخذ شبهة الملك دارية للقطع بل يقطع اجماعا كذا الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة اداء الضمان او القضاء به ومثله لا يورث شبهة والا لثبت مثلها في نفس الاخذ لانه ايضا يحتمل ان يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار نظيرها اذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع **قوله** وهذا الخلاف الى اخره الحاصل ان هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان واخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند ابي يوسف لا يقطع ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه اياه بالهبة بعد القضاء

لا يقطع على ما تقدم ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة
فانتفى وجه ابي يوسف في عدم القطع في اليسير واعلم ان الحرق يكون يسيرا ويكون فاحشا وتارة يكون اتلافا
واستهلاكا وفيه يجب الضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة
الا بما ملكه بالضمان وفسره التمرتاشي بان ينقص اكثر من نصف القيمة واما الحرق الفاحش فقيل ما يوجب
نقصان نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولا بد ان يكون المعنى فصاعدا ما لم ينته الى
ما به يصير اتلافا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما يفوت به شي
من المنفعة ذكره التمرتاشي واورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الحرق اليسير
ان فيه جمعا بين القطع والضمان واجاب فقال انما لا يجتمعان كيلا يودي الى الجمع بين جزا الفعل
وبدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يودي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالحرق والحرق
ليس من السرقة في شي واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة
مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع
فينبغي ان لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال في الفوايد الخبازيه وفي الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع
القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان ملك ما ضمنه فيكون هذا الثوب مشترك بينهما فلا يجب
القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع ويضمن
النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بان سرق واستهلك
المسروق وما نحن فيه ما اذا انتقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما انتقص ثابت قبل السرقة ثم اذا اخرجه
من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه الا ترى الى قول
الامام قاضي خان فان كان الحرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان اما القطع فلانه اخرج نصابا كاملا من الحرز
على وجه السرقة واما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به
تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج
والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو اخذ ثوبين واحرق احدهما في البيت واخرج الاخر وقيمته نصاب
واما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الى اخره فغلط لان بعد السرقة وهو الاخراج
ما كان له ملك في المخرج فان الجز الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين
وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجز المملوك له **قوله** وان سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع
ولو ساوت نصابا بعد الذبح لان السرقة تمت على اللحم فقطع فيه على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه
قوله ومن سرق ذهبا او فضة مما يجب فيه القطع بان كانت نصابا فصنعه دراهم او دنانير قطع
فيه عند ابي حنيفة وهو قول الايمة الثلثة ويرد الدراهم والدنانير التي صنعها على المسروق منه وقالا
يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليها والخلاف مبني على خلاف اخر في الغصب وهو اذا غصب نقرة فضة فضربها
دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع
بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على انها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا اما عندهما
فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما اخذ وزنا
من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شي على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيا اخر

فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شي عليه ووجه قولهما ان هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد
والصفر بان غصب حديدا او صفرا فجعله سيفا او انية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم
دنانير وله ان هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا
بدليل انه لم يتغير لها حكم الربا حتى لا يجوز بيع انية وزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين
كما كانت حكما فيقطع ويوخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم اخر مع ذلك
الاسم **قوله** ومن سرق ثوبا فصبغه احمر يقطع به باجماع العلماء ثم لا يوخذ منه الثوب عند ابي حنيفة
وابي يوسف ولا يضمنه وقال محمد يوخذ منه الثوب وهو قول الايمة الثلثة ويعطى قدر ما زاد
الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب فان غاصب الثوب اذا صبغه احمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد
اتفاقا فكذا في السرقة والجامع كون الثوب اصلا والصبغ تابعا ولهما ان الصبغ قايم صورة وهو ظاهر
ومعنى اي من حيث القيمة حتى لو اراد المسروق منه ان ياخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ وحق المالك
قايم صورة لا معنى فانه لو هلك او استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق احق بالترجيح كالموهوب
له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع كذلك بخلاف الغصب لان حق كل من المغصوب منه الثوب والغاصب
الذي صبغه قايم صورة ومعنى لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع فاستويا فرجحنا المالك
بما ذكرنا من ان الصبغ تابع **قوله** وان صبغه السارق اسود ثم قطع فصبغه اسود يوخذ منه عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف هذا والاول سوا فلا يوخذ منه لان السواد زيادة كالحمرة وهي مانعة من الاسترداد
من السارق وعند محمد هو زيادة لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحمرة وعند ابي حنيفة السواد
نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان
فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما وفي شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته
بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ اي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد
ياخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

باب قطع الطريق

اخره عن السرقة واحكامها لانه ليس سرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو وما يدخل هو فيه من اطلاق
لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن اطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب
من الاخفاء وهو الاختفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وارباب الادراك
فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا يطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط
لم يفهم اصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين بقوتهم عن يقصد
مقاتلتهم او واحد له منعة بقوته ونجدته يقصدون قطع الطريق اي اخذ المارة فاحوالهم بالنسبة
الى الجزاء الشرعي اربعة وبالنسبة الى ما هو اعم منه خمسة اما بالنسبة الى الجزا فاما ان يوخذوا قبل ان
ياخذوا وانما لا او يقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى ان اخذوا فالحكم ان يعزروا
ويحبسوا الى ان تظهر توبتهم في الحبس او يموتوا واما ان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم
على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل
منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما او ذميا ولم ياخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا

ومعنى حد الله لو عفى اولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسع فيه عفو غيره
فمن عفى عنهم عصى الله تعالى • والرابعة ان ياخذوا المال ويقتلوا وسياتي وفي فتاوى قاضي خان
وان قتل ولم ياخذ المال يقتل قصاصا وهذا خلاف ما ذكرنا الا ان يكون معناه اذا امكنه اخذ المال فلم
ياخذ شيئا ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها انه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن ابان وفيها ايضا ان خرج على
القافلة في الطريق واخاف الناس ولم ياخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه
يحبس ايضا لا للنفي المذكور في الاية واما بالنسبة الى ما هو اعم فالاربعة المذكورة والخامسة ان يوجد
بعد ما احدثوا توبة وياتي ايضا في الكتاب والتقييد بمسلم او ذمي في صدر المسالة ليخرج المستامن فلو
قطعوا الطريق على مستامن لا يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين
لان ماله غير معصوم على التابيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين
وغير ذلك مما يقدمه الشارحون ياتي ذلك كله في الكتاب مفصلا والاصل فيه اي في توزيع الاجزية كما ذكرنا
على الجنايات المذكورة قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا
ان يقتلوا او يصلبوا الاية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل امنه محارب
لمن اعتمد عليه في تحصيل الامن واما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان امره • واما باعتبار ان الرسول
هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه
فقد حاربه او هو على حذف مضاف اي يحاربون عباد الله وهو احسن من تقدير اولياء الله لان هذا الحكم
يثبت بالقطع على الكافر الذمي والمراد من الاية اي توزيع الاجزية المذكورة على انواع قطع الطريق وبه قال
الشافعي والليث واسحق وقتادة واصحاب احمد وقال عطا وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعي
وابو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا • وقال مالك اذا راى الامام القاطع جلدا
اذا راى قتله وان كان جلدا لا راي له قطعه • ولنا ما روى محمد عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن
ابن عباس رضي الله عنهما انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال بن عويمر
الاسلمي فجاء اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله
صلى الله عليه وسلم بالحد ان من قتل واخذ المال صلب • ومن قتل ولم ياخذ قتل ومن اخذ مالا ولم
يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية
عن ابن عباس ومن اخاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي وبالنظر الى المعنى وهو ان من المقطوع به ان
ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفي كلها اجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة
وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للاية يقتضي انه يجوز ان يرتب على اغلظها اخف الاجزية المذكورة وعلى
اخفها اغلظها الاجزية وهذا مما تدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ
والاخف للاخف ولان في هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع
بالاخذ الا ان هذا الاخذ لما كان اغلظ من اخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل
المرة منه كالمرتين فقطع في الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان
التغليظ في هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط في قطعهم كون ما نصيب
كل واحد منهم نصابا كاملا • لا كما لا يستباح طرفه باقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشترط مالك

سوى ان يكون الماخوذ نصابا فصاعدا اصاب كلا انصاب او لا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى
كيلا يفوت نصفه وكذا الاحكام السابقة من انه لو كانت يسراه شلا لا تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى
لو كانت شلا لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له يد وكذا الرجل اليسرى • فان قلت
ليس في الاجزية الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالنفي وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفي من الارض
اي من وجه الارض لانه لا يتحقق ما دام حيا وان حمل على بعضها وهي بلدته لا يحصل به المقصود وهو
دفع اذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فحملناه على
وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف في الغرر
خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها • فلسنا من الموتى ولا من الاحيا • اذا جاءنا السجان يوما لحاجة عجبنا وقلنا
جاء هذا من الدنيا • ولما راى مالك رضي الله عنه ان مجرد النفي لا يفيد في المقصود قال يحبس في بلدة
النفي ومعلوم ان المقصود لا يتفاوت بالحبس في بلدة النفي وغيرها فيقع تعيين بلدة النفي في غير الفائدة
قوله والرابعة من انواع هذه الجناية ما اذا قتلوا واخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم
وارجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم بلا صلب وقطع وان شاء صلبهم احياء فقتلهم وهذا
قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب للنص في الحد فلا يجوز ترك الحد كالقتل
وبه قال الشافعي واحمد اجاب بان اصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه
صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب احدا مع ان ظاهر النص يحتم الصلب فان قوله ان
يقتلوا بلا صلب او يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع • وقال محمد لا يقطع ولكن
يقتل او يصلب وفي عامة الروايات من المباسيط وشروح الجامع الصغير ذكر ابي يوسف مع محمد
وبه قال مالك ان القاطع ذا راي والشافعي واحمد مع ابي يوسف في انه لا بد من الصلب ومع محمد في انه لا
يقطع وجه قولهم انه جناية واحدة هي جناية قطع الطريق فلا توجب حدين ولان ما دون النفس في باب الحد
يدخل في النفس كحد السرقة والرجم اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا ولما اي
لابي حنيفة وابي يوسف وهذا على اعتبار ابي يوسف مع ابي حنيفة لا مع محمد ان هذه الجناية وان كانت واحدة
باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل ايضا عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ
سببها حيث بلغ النهاية في تفويت الامن حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل واخذ المال وكونها
امورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق الا يرى انه قطع اليد والرجل فيها حد واحد
وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع
ادى الى ان من اخذ المال قطع وهذا قد اخذ فيقطع وان من قتل يقتل او يصلب وهذا قتل فيجب
ان يجمع له بين القطع والقتل الا ان ذلك كان فيما اذا كان فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز
ان يوجد حكمه من الانفراد لجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول ما دون النفس في النفس هو ما اذا كان حدين
احدهما غير النفس والاخر القتل ما اذا كان ذلك حدا واحدا فلا بل لا بد من اقامته فهو اجزاء حد واحد
غير انه ان بدا بالجزء الذي لا يتلف به النفس فعل الاخر وان بدا بما يتلف به لا يفعل الاخر لانتفاء الفائدة
وهو الضرب بعد الموت قوله ثم قال اي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه او ما اذا قلنا
بلزومه على قول ابي يوسف انه يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت • ومثله عن الكرخي وجه وهو الاصح

ان الصلب على هذا الوجه ابلغ في الردع ولان المقصود الزجر وهو انما يحصل في الحيوة لا بما بعد الموت
الا انه يقال النص دل على ذلك فانه قال ان يقتلوا او يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاند له
حرف العناد فلا ينصادقه معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ وعن الطحاوي يقتل ثم
يصلب توقيا عن المثلة فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه
لا يكافي وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح والثاني هو المعتاد بينهم لا يعتاد
القتل به فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنا مثله فالصلب ليس
غير وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلي
بينه وبين اهله ليدفنونه وعلمت في كتاب الشهيد انه لا يصلى على قاطع الطريق **قوله** ولا يصلب اكثر
من ثلثة ايام لانه يتغير بعدها فيتاذي به الناس وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى يتقطع فيسقط
ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة من النص وكونه امر بالصلب لا يقتضي الدوام
بل المقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيرها كما في مدة الخيار **قوله** واذا قتل القاطع فلا
ضمان عليه في مال اخذه لما بيناه في السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع **قوله** وان باشر القتل
احدهم اي واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوا اجري الحد على جميعهم فقتلوا ولو كانوا
مائة بقتل واحد منهم واحدا لان القتل جزاء المحاربة التي فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة يتحقق
بان يكون البعض ردءا للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء
الكل وهو قول مالك واحمد خلافا للشافعي قلنا حكم تعلق بالمحاربة فيستوي فيه المباشر والردء كالغنيمة
ولا فرق بين كون القتل بسيف او عصا او حجر في قتل الكل وان لم يوجب ابو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا
ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعي المماثلة ولهذا
يقتل غير المباشر وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح فما كان من جراحة يجري فيها القصاص اقتص
وما لا يجري فيه ذلك لزمه الارش ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص في الجنايات ان شاء الله رب العالمين
وهذا لانه لا حد في هذه الجناية من قطع او قتل فظهر حق العبد فيستوفيه الولي وان اخذ مالا ثم جرح
قطعت يده ورجله من خلاف وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس اي
ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات حقا للعبد كما تسقط عصمة المال ولذا تبطل الجراحات اذا
قتل فيقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان **قوله** وان اخذ بعدما تاب سقط الحد عنه بلا خلا
بالنص قال تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فان كان قد قتل فان شاء الاولياء قتلوه وان
شاؤوا عفوا عنه لان هذا القتل قصاص فصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لا بد ان يكون قتل بحديد
ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند ابي حنيفة وكذا اذا كان اخذ مالا ثم تاب فان صاحبه ان شاء
تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا وياخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد فظهر
حق العبد في ماله كما في النفس وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه
ولو تاب ولم يرد المال لم يذكره في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط
بالتوبة وقيل تسقط اشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها للاستثناء
في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال

مالك واحمد في رواية والشافعي في قول وعنهما تسقط لقوله واللذان ياتيانها منكم فآذوهما فان تابا واصلحا
فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والاية منسوخة اما كان ذلك في اول
الامر واذا عرف هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه التناقض لانها
اذا توقفت على رد المال فاخذ القاطع قبل الرد اخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد اخذ المال فيه
الحد بقطع اليد والرجل اجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة
في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي او استهلك ومثل ما لو اخذ وابعد التوبة في سقوط الحد والرجوع
الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال ما لو اخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن اخذوا من المال قليلا
لا يصيب كلا نصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاؤوا قتلوا قصاصا وان شاؤوا عفوا وقال
عيسى يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم ياخذوا شيئا من المال قتلهم حدا لا قصاصا وهذا لان مادون النصاب
كالعدم ولانه يتغلظ جنايتهم باخذ شيء من المال فلا يسقط الحد والاصح ما ذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم
باعتبار ما هو المقصود وهم يقصدون بالقطع اخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا اخذ المال
عرفنا ان قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس الا للمال فيقتص منهم ان شاء الولي ويجري فيه احكام القصاص
قوله وان كان من القطاع صبي او مجنون او ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين فتظهر احكام
القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يد حر ودفعه مولاه او فداه كما لو فعل
في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت
فيهم امراة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد
لا تعقله العاقلة قال المصنف ما لمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وعن ابي يوسف انه لو باشر
العقلاء الاخذ والقتل يحد الباقون وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه ان يقول
وقال ابو يوسف بعد ان قال المذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر يقول المذكور ظاهر الرواية
عن اصحابنا وعن ابي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله
العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين وعلى هذا السرقة الصغرى ان ولي
الصبي او المجنون اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا الا الصبي والمجنون وقال الائمة
الثلاثة واكثر اهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا
يسقط الحد عن الباقين لابي يوسف ان المباشر اصل والردء تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة
بعد ان لا خلل في الاصل فيحد الباقون وفي عكسه وهو ان باشر الصبي والمجنون ينعكس المعنى وهو السقوط
عن الاصل فان السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون ولهما اي لابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله ان قطع الطريق جناية واحدة لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير انها لا تتحقق في الغالب
الا بجماعة فكان الصادر من الكل جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا للحد لشبهة او عدم
تكليف لا يوجب في حق الباقين لان فعل الباقين حينئذ بعض العلة وبعض العلة لا يثبت الحكم وصار كالخاطي
مع العامد اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد واما ذو الرحم المحرم فقيل تاويله
اي تاويل سقوط الحد عن الكل ان يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع ذو رحم محرم من احدهم
فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذي الرحم المحرم ويصير شبهة في نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان

الماخوذ شي واحد فاذا امتنع في حق احدهم بسبب القرابة يمتنع في حق الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم ياخذوا
المال الا من ذي الرحم فكذلك وان اخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار الماخوذ من ذلك الغير والاصح انه يجري
على الاطلاق وانهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة في حق قطاع الطريق كشيء واحد لانه محرز بحرز
واحد وهو القافلة والجناية واحدة وهي قطع الطريق فالامتناع في حق البعض يوجب الامتناع في
حق الباقين بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الاخر حقيقة وحكما
واذا كان في المقطوع عليهم شريك مفاوض لبعض القطاع لا يحدون كذي الرحم المحرم **قوله** بخلاف
ما اذا كان فيهم اي في المقطوع عليهم وهو القافلة مستامن جواب عن مقدر وهو ان القطع على المستامن وحده
لا يوجب الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذي الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة
في الحد فكذا يجب عند اختلاط المستامن لذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم اجاب بان الامتناع في
حق المستامن انما كان لخلل في عصمة نفسه وماله وهو امر يخصه اما هنا الامتناع لخلل في الحرز والقافلة
حرز واحد فيصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب واذا سقط الحد صار القتل
الى الاولياء ان شاؤوا عفوا وان شاؤوا اقتصوا ويجري الحال في المال على ما ذكر من قريب ولو لم يقع القتل
والاخذ الا في المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمنون اموال المستامنين لثبوت عصمة اموالهم للحال وان لم
يكن معصوما على التابيد والله تعالى اعلم **قوله** واذا قطع بعض القافلة الطريق على بعض لم
يجب الحد لان الحرز واحد وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه في دار واحدة فلا
يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص في النفس ان قتل عمدا بحديدة او بمثقل عندهما ورد المال
ان اخذه وهو قايم وضمانه ان هلك او استهلكه **قوله** ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او
بين الكوفة والحيرة وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث تصل عمران احديهما بالاخرى
فليس بقاطع الطريق استحسانا وكذا بين القريتين وحد بعضهم مكان القطع ان يكون في قرية بينها
وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية وفي القياس يكون قاطعا وهو قول الشافعي فان في وجوبه
من احد في البلد لا مغالبة فهو قاطع طريق وعن ابي يوسف انه اذا كان خارج المصر ولم يقرب منه
يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث لانه محارب بل مجاهرته هنا اغلظ من مجاهرته في المفازة ولا يفصل
في النص في مكان القطع وعن مالك كل من اخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه
لا محاربة الا على قدر ثلثة اميال من العمران وتوقف احمد مرة فاكثر اصحابه ان يكون موضع لا يلحقه الغوث
وعن ابي يوسف في رواية اخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع وان بغيره من الخشب
ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر لان السلاح لا يلبث فيتحقق القطع قبل الغوث
والغوث يبطي بالليالي فيتحقق بلا سلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول ابي يوسف قال المصنف
ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق
الغوث وانت تعلم ان الحد المذكور في الاية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم من الناس وانما
انيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل
المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلثة ايام بين المصر والقاطع ولا شك في ان لحوق الغوث في ذلك المقدار
ظاهر او هو ما علية للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم ان يضربوا ويحبسوا وان قتلوا الزم القصاص

واحكامه وان اخذوا انما لا يضمنوه اذا اتلفوه وعلى تقدير انهم قطاع ان قتلوا قتلوا حدا فلا يقبل
عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله لما بينا اي من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد
قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند ابي حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل
وسنبينه ان شاء الله في الديات وظاهرا انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى انها مثلها في ثبوت الشبهة
عنده في العمد حيث كانت الة فيها قصور يوجب التردد في انه قصد قتله بهذا الفعل او قصد المبالغة
في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتقو سوته وعدم احتماله لذلك فان خنق غير مرة قتل لانه ظهر
قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم استمر بعمده ولانه صار ساعيا في الارض
بالفساد وكل من كان كذلك يدفع شره بالقتل **فروع** نص في الاصل على ان العبد والمراة في حكم
قطع الطريق كغيرهما اما العبد فظاهر واما المراة فكغيرهما في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو
اختيار الطحاوي لان الواجب قتل وقطع وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخي
ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هي المحاربة والمراة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي الا ترى
انها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يستوي بين الرجل والمراة فكذا في العقوبة
المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد
وفي الصبيان والمجانين لعدم اهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن ابي يوسف
اذا قطع قوم الطريق ومعهم امراة فباشرت المراة القتل واخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم
لا عليها وقال محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة انه يدرء عنهم جميعا
لكون المراة فيهم وجعل المراة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه اعني كون المراة مع الرجال في القطع ثم يقتصر
على ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصلها من الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط
من انها كالرجال منسوبا الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على اعتبار الكرخي بالعبد كما
ذكرنا وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف
الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الفرق بضعف البنية في اصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف
مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله وما في النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق
فقتلن واخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من انهن لسن محاربات وعلله بان المراة اذا اتت
العدو واسرت لم تقتل وانما قتلن بقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة
واحدة وابو يوسف شرط مرتين لقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى
فيسقط الحد ويوخذ بالمال ان كان اقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع او الاقرار فلو شهد
احدهما بالمعاينة والاخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على اب الشاهد وان علا وابنه وان
سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى اصحابنا واخذوا اموالنا لا تقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا انهم قطعوا
على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف او لا يعرف لا يقام الحد عليهم الا بمحضر من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على
مستامنين او في دار الاسلام في موضع غلب عليه اهل البغي ثم اتي بهم الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا
السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم
فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو دفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال ضمنهم وسلمهم الى

اولياء القود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد
وفيه نظر ولعدم الخصم وقد سقط بعد خصومتهم بما وصل اليهم او للقضاء الاول فيهم بذلك لنفاذه
اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب اجنبي
فقتلهم لا شيء عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة اطرافه ولو قتله قبل الثبوت
عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه
البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا ان يكون القاتل ولي الذي قتله القاطع
في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور انه استوفى حق نفسه ولو ان لصوصا اخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم
وخرجوا في طلبهم ان كان ارباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون
على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم ان يقاتلوهم لان القتال
للاسترداد للرد على ارباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو قتلوا مع قاطع لا شيء عليهم لانهم قتلوه لاجل
ما لهم فان قومنهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لا
لاجل مالهم فان قومنهم الى موضع لو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية وكذا لو قدر
رجل من قطاع الطريق فلحقوه وقد القى نفسه الى مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية
لان قتلهم اياه لا لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل ان يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله
عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

كتاب السير

اورد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد ان ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منها ومن مضمون هذا الكلام
وهو اخلاء العالم عن الفساد ويكون كل منها حسنا لحسن لغيره وذلك الغير هو اعلاء كلمة الله يتادى بفعل نفس
المامور به وهو القتال وجب تاخيره عنها لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد اعظم كل فساد
واقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو اعلى منه وكون معاملة مع
الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين اولى ولا يخفى ان له مناسبة خاصة
بالعبادات فلذا اورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح والسير
جمع سيرة وهي فعلة بكسر الفاء من السير فتكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعلة للهيئة كجلسة وخمرة
وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان اهل
الشرع على الطرائق المامور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد
يقال كتاب الجهاد وهو ايضا اعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا
وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو ايضا اعم لانه جمع مغزاة مصدرا سماعيا للغزو والاصل الوحدة
والقياسي غزو وغزوة للوحدة كضربة وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل
الجهاد عظيم وكيف وحاصله بذل اعز المحبوبات وادخال اعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله
وتقربا بذلك اليه تعالى واشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة اهوائها
ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من غزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل
على هذا انه عليه الصلاة والسلام اخره في الفضيلة عن الصلوة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله

قوله غزوا اراده وكلمه والعدو الى الكلام ... وفي زاوية ومعنى الكلام متقعد والغازي ... الغزاة ... كاتبه

اي الاعمال افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله
ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء انه جعله افضل بعد الايمان في حديث ابي هريرة
قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم اي العمل افضل قال الايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال
الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن
الجمع بينهما بحمل كل على ما يليق بحال السائل فاذا كان يليق به الجهاد لما علم من لياقته له واستعداده
زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه افضل ممن لم يكن مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر لان المذكور
في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذه لا يتردد في ان المواظبة على اداء فرائض
الصلوة واخذ النفس بها في اوقاتها على ما هو المراد من قوله الصلوة على ميقاتها افضل من الجهاد
لان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولان افتراض الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلاة
فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلوة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه السلام
في حديث معاذ وفيه طول الى ان قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل تبتغى
به درجات الاخرة بعد الصلوة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا ثبت هذا
عندنا وجب ان تعتبر كل من الصلوة والزكاة مرادة بلفظ الايمان في حديث ابي هريرة ويكون من عموم
المجاز ويرجح بزيادة فقه الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الاحاديث السابقة
والحق انه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلوة فيه اصلا غاية ما فيه انه جعل الجهاد بعد الايمان وهو
يصدق اذا كان بعد الصلوة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود من الاحكام
في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمقام الرجل في الصف
في سبيل الله افضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن ابي هريرة
قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعادوا عليه مرتين او ثلاثا كل ذلك
يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بايات الله لا يفتر
من صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن ابي هريرة عنه عليه الصلاة
والسلام من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله
في ميزانه يوم القيامة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم
العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان
رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه
وان مات فيه اجري عليه عمله الذي كان يعمل واجري عليه رزقه وامن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني
وبعث يوم القيامة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع من مات مرابطا امن من الفزع
الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن ابي هريرة وبعثه الله يوم القيامة امنا من الفزع وعن ابي امامة
عنه عليه السلام قال ان صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلوة ونفقة الدينار والدرهم منه افضل
من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق
في كل مكان ففي النوازل ان يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين
في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا اغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا الى اربعين سنة

واذا اغار مرتين يكون رباطا الي مايه وعشرين سنة واذا اغار ثلاث مرات يكون رباطا الي يوم القيامة
قال في الفتاوي الكبري والمختار هو الاول واعلم انما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث
عن معاذ بن انس عنه عليه السلام من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالي متطوعا لا ياخذه
سلطان لم ير النار بعينيه الا تحلة القسم فان الله تعالي يقول وان منكم الا واردها رواه ابو يعلي وفيه ابن
لهيعة في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت احاديث كثيرة ليس فيها سوي
الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه التقدمة بحديث البخاري عن ابي هريرة عنه عليه السلام قال تعس
عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان اعطي رضي وان لم يعط سخط
تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبي لعبد اخذ بعنان فرسه في سبيل الله اشعث راسه مغبرة قدماه
ان كان في الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقة كان في الساقة ان استاذن لم يوذن له وان شفع لم يشفع
قوله الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا واقع موقع تفسير
فرض الكفاية اما الفرضية فلقوله تعالي فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالي فقاتلوا ايمة
الكفر وقوله تعالي وقاتلوهم حتي لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالي كتب عليكم القتال
وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالي انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا
باموالكم وانفسكم في سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام امرت ان اقاتل الناس حتي يقولوا لا اله
الا الله وهذا ينفي ما نقل عن الثوري وغيره انه ليس بفرض وان الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله
كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر وتحب حمله ان صح على انه ليس بفرض عين
فان قلت كيف يثبت الفرض وهي عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظني الدلالة وبه لا يثبت الفرض
فالجواب ان المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا
واما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك ان النص مقرون بما يفيد
تقييدهم وهو من حيث حارب لقوله تعالي وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد ان قتالنا
المامور به جزاء لمقاتلتهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالي وقاتلوهم حتي لا تكون فتنة اي لا يكون منهم فتنة
للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان اهل مكة يفتنون من اسلم بالتعذيب حتي يرجع عن الاسلام
علي ما عرف في السير فامر سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون علي تفتين المسلم عن دينه فكان الامر
ابتداء بقتال من حيث حارب من المشركين وقد اكد هذا قوله صلي الله عليه وسلم في بعض الروايات الصحيحة
لحديث النهي عن قتل النساء حين راي المقتوله ما كانت هذه تقاتل واما قوله عليه الصلاة والسلام
الجهاد ماض الي يوم القيامة فدليل علي وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان خبر الواحد لا يفيد الافتراض
وقول صاحب الايضاح اذا تايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ
الكتاب والاجماع وجاء الخبر علي وفقهما والحديث رواه ابو داود من حديث انس قال عليه السلام
من حديث والجهاد ماض منذ بعثني الله الي ان يقاتل اخر امتي الدجال لا يبطله جور جاير ولا عدل
عادل والايمان بالاقدار وفيه يزيد بن ابي شيبة من بني سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا
والله اعلم قال المنذري هو في معني المجهول ولا شك ان اجماع الامة ان الجهاد ماض الي يوم القيمة
لم ينسخ فلا يتصور نسخه بعد النبي صلي الله عليه وسلم وانه لا قايل ان بقتال اخر الامة الدجال ينتهي

وجوب الجهاد واما كونه علي الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين ودفع شر الكفار
عن المؤمنين بدليل قوله تعالي وقاتلوهم حتي لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن
الكل لحصول ما هو المقصود منه كصلاة الجنازة المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب
الي انه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة اذ بمثلها يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لولا قوله تعالي لا يستوي
القاعدون من المؤمنين غير اولي الضرر والمجاهدون الاية الي قوله تعالي وكلا وعد الله الحسني وفضل الله
المجاهدين علي القاعدين اجرا عظيما ولانه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش علي ما يخفي بالزراعة
والجلب بالتجارة ويستلزم قطع مادة الجهاد من الكراع يعني الخيل والسلاح والاقوات فيودي ايجابه علي الكل
الي تركه للعجز فلزم ان يجب علي الكفاية ولا يخفي ان لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم في كونه فرض عين ان يخرج الكل من
الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج عن الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد ان يخرج في مرة
طايفة وفي مرة طايفة اخري وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه في ذلك النص لا يستوي
القاعدون ثم هذا اذا لم يكن النفير عاما فان كان بان هجموا علي بلدة من بلاد المسلمين فيصير من فروض الاعيان
سواء كان المستنفر عدلا او فاسقا فيجب علي جميع اهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية
وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن ممن يقرب كفاية او تكاسلوا وعصوا وهكذا الي ان يجب علي جميع اهل الاسلام
شرقا وغربا كجهاز الميت والصلاة عليه يجب اولا علي اهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب علي من ببلدهم علي ما
ذكرنا هكذا ذكروا وكان معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الاخرون وبلغهم الخبر والا فهو تكليف ما
لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه علي الكل متجه من اهل المشرق والمغرب ممن علم ويجب ان لا يأثم من عزم علي
الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم او قعود السلطان او منعه واستدل علي ذلك **بقوله** تعالي
انفروا خفافا وثقالا قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل شبابا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل
اغنياء وفقراء وينبغي ان يقال قول الخروي كل من هذه اي انفروا مع كل حال من هذه الاحوال وحاصلها انه لم
يعذر احدا فافاد العينية وفيه نظر لان الجهاد علي كل من ذكر في التفسير المذكور علي الكفاية فلا يفيد تعينها
بل الحق ان هذه الاية وما تقدم من الايات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالاية المتقدمة واما
العينية فبالاجماع من انه اغاثة الملهوف المظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد الجهاد
واجب الا ان المسلمين في سعة من تركه حتي يحتاج اليهم قال فاول الكلام يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه
اشارة الي الوجوب علي الكفاية فانه لا يمكن ان يراد ترك الكل والا لم يكن واجبا فهو ترك البعض واخره وهو قوله
حتي يحتاج اليهم يفيد العينية اذ صار للحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا ان يحتاج فلا يسع ولا بد من
الاستطاعة فيخرج المريض المدنف اما الذي يقدر علي الخروج دون الدفع ينبغي ان يخرج لتكثير السواد فان
فيه ارهابا او نفر القوم نفرا ونفيرا اذا خرجوا **قوله** وقتال الكفار الذين لم يسلموا وهم مشركي العرب او لم
يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم واجب وان لم يبدؤنا لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا
معني قوله للعمومات لا عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب علي كل واحد فقط فالمراد اطلاق العمومات
في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد
ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالي فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفي عليه نسخه وصريح قوله في الصحيحين
وغيرهما امرت ان اقاتل الناس حتي يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب ان نبداهم بادي تامل وحاصر عليه

الصلاة والسلام الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى اخر المحرم او الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم
بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على التجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك انه كثير في الاستعمال
قوله ولا يجب الجهاد على صبي الى اخره الوجه الظاهر ان يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر
عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم احد وانا ابن اربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث
ولا عبد ولا امراة لتقدم حق المولى والزوج باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام ان حق
السيد والزوج حق متعين باذن الله على ذلك العبد وتلك المراة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله
لهما واطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا لحق لم يجعله
متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقدير يكونون مخصوصين
من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لانه حينئذ لا تظهر في حق فروض الاعيان
نعم لو امر السيد والزوج العبد والمراة بالقتال يجب ان يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب
طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه
المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد
واحد الابوين كاره لان طاعة كل منهما فرض عليه والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع ان في خصوصه احاديث
منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنه فقال
احي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيحه ايضا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين
على الجهاد وفي سنن ابي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
جئت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفيه عن الخدري
ان رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك
قال لا قال فارجع فاستاذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما واما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على
الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين
لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب **قوله** ويكره
الجعل يريد بالجعل هنا ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالكراع والسلاح وغير ذلك من النفقة
والزاد ما دام للمسلمين فيء وهو المال الماخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية واما الماخوذ بقتال فيسمى
غنيمة لانه لا ضرورة وما لبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام
بخصوصه والوجه الاخر وهو ان الجعل يشبه الاجرة وحقيقة الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهه مكروه
يوجبها على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة
شيء يفعله واعلم ان مقتضى النظر ان النفقة تجب في مال الغازي لانه مامور بعبادة مركبة من المال والبدن
فتكون كالحج وان وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدروا على الجهاز فاضلا عن حاجتهم
وعيالهم وان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد ان يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام
واما اذا لم يكن في بيت المال فيء لا يكره ان يكلف الامام الناس ذلك على نسبة عدل لان به دفع الضرر الاعلى وهو
تعدي شر الكفار الى المسلمين بالحاق الضرر الادنى واستانس المصنف لهذا بانه عليه الصلاة والسلام اخذ دروعا
من صفوان زاعية وبان عمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد اما قصة

صفوان فلا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم ارسل يطلب منه ادراعا عند خروجه الى حنين ففي سيرة ابن اسحق
اربع مائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم ان يسيره شهرين فقال
النبي صلى الله عليه وسلم ان يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك اربعة اشهر ثم عرض الخروج
من مكة الى حنين فارسل يطلب ذلك فقال يا محمد اغصبا قال لا بل عارية مضمونة فبعثها ثم استحمله اياها
فحملها على ما يبلغ بعير وفي مسند احمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي صلى الله عليه وسلم ان يضمنها فقال
لا انا اليوم في الاسلام ارغب وهذا لانه يطابق نفس المدعي وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين
ولا يفيد ذلك بالالتزام فان ما يفعله الامام في المتكلم فيه لا باخذه على ان يضمنه لهم من بيت المال لم فيد انه
عند الحاجة يتوسل الى الجهاز اذا لم يكن للمسلمين قوة بالاستعارة من اهل الذمة بشرط الضمان لهم واما ما
عن عمر رضي الله عنه فظاهر فيه لان معنى تعزيبه عنه ليس الا انه ياخذ الجهاز منه والا فهو غاز بنفسه وان اعطاه
من بيت المال واما قوله يعطي الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد في الطبقات
عن محمد بن عمر الواقدي بسنده عن عمر رضي الله عنه انه كان يغزي الاعزب عن ذي الحليلة وليس فيه امر الفرس
وروى ابن ابي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن ابي مجلز قال كان عمر يغزي العرب ويأخذ فرس
المقيم فيعطيه للمسافر **باب كيفية القتال** لما ذكر ان القتال لازم فلا بد
ان يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلا بد من بيانه فيه فقال واذا دخل المسلمون دار الحرب يصح ان يكون
عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وان يكون واو استئناف فحاصروا مدينة وهي البلدة الكبيرة
فعيلة من مدن بالمكان اقام به او حصنا وهو المكان المحصن الذي لا يتوصل الى ما في جوفه دعوهم الى
الاسلام فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه عليه الصلاة والسلام امر بذلك امرا الاجناد
فمن ذلك ما اخرج الجماعة الا البخاري من حديث سليمان بن بريدة عن ابيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض
وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا امر اميرا على جيش او سرية اوصاه في خاصته بتقوى الله
ومن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله في سبيل الله قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا
تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث او
خلال فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم
ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم ان فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على
المهاجرين فان ابوا ان يتحولوا منها فاخبرهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على
المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا فاسألهم الجزية
فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك
ان تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة اصحابك
فانكم ان تخفروا ذممكم وذمة اصحابكم خير من ان تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت اهل حصن
فارادوا ان تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري اتصيب حكم الله فيهم ام لا ثم اقضوا فيهم بعد ما
شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون انا ما نقاتلهم
على اموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام واما حديث ابن عباس
المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن ابي نجيح عن ابيه عن ابن عباس قال ما قاتل

رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم رواه الحاكم وصححه **قوله** ولو قاتلوهم قبل الدعوة اثموا
ولكن لا غرامة بما اتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء
والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام او الاحراز بدار الاسلام وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة او حكما
بان استفاض شرقا وغربا انهم الى ماذا يدعون وعلى ماذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك ان في
بلاد الله من لا شعور له بهذا الامر فيجب ان المدار عليه ظن ان هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب
ولكن يستحب اما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عون كتبت الى نافع اساله عن الدعاء قبل القتال فكتب الي
انما كان ذلك اول الاسلام فقد اغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم
تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحارث حدثني به عبد الله بن عمر و
كان في ذلك الجيش وروى ابو داود وغيره عن اسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد
اليه فقال اغز على ابنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وابنى بوزن حبلى موضع من فلسطين
بين عسقلان والرملة ويقال يبنى بياء مضمومة اخر الحروف وقيل اسم قبيلة • واما الاستحباب فلان التكرار
قد يجدي المقصود فينعدم الضرر الاعلى وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضررا بان يعلم انهم بالدعوة
يستعدون او يحتالون او يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من احوالهم كالعلم بل هو المراد واذ
حقيقته يتعذر الوقوف عليها فان اجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله
غاية الامر بالقتال حيث قال امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فان امتنعوا دعوهم الى اداء
الجزية به امر عليه السلام امراء الاجناد وقد ذكرناه من حديث بريدة ولانه احد ما ينتهي به القتال
كما نطق به النص قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما سيتضح
فان بذلوها اي قبلوها وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور في القران بالاجماع • وقد قال علي رضي الله عنه
انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا والاحاديث في هذا كثيرة بل هو من الضروريات
ومعنى حديث علي رواه الشافعي في مسنده اخبرنا محمد بن الحسن الشيباني انبانا قيس بن الربيع الاسدي عن
ابان بن تغلب عن الحسين بن ميمون عن ابي الجنوب قال قال علي من كانت له ذمتنا فدمه كدمنا وديته كديتنا
وضعف الدارقطني ابا الجنوب **قوله** فان ابوا استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله عليه الصلاة والسلام
في حديث سليمان بن بريدة فان ابوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه
والمدمر المهلك فيستعان بالله في كل الامور ونصبوا عليهم المناجيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم
على الطائف على ما في الترمذي مفصلا فانه قال قال قتيبة ثنا وكيع عن رجل عن ثور بن يزيد ان النبي صلى الله
عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف • قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هارون ورواه ابو داود
في المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد في الطبقات وزاد اربعين يوما وذكره الواقدي في المغازي
وذكر ان الذي اشار به سلمان الفارسي وحرقهم لانه عليه الصلاة والسلام احرق البويرة على ما روي في السنة
كتبهم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وقطعه وهو البويرة
يعني ان البويرة اسم لنخل بني النضير ولها يقول حسان بن ثابت رضي الله عنه • وهان على سراة بني لوي •
حريق بالبويرة مستطير • ولان المقصود كبت اعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون

ما يمكنهم من التحريق وقطع الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن انهم ماخوذون بغير ذلك فان كان
الظاهر انهم مغلوبون وان الفتح باد كره ذلك لانه افساد في غير محل الحاجة وما ابيح الا لها **قوله** ولا باس
برميهم وان كان فيهم اسير مسلم او تاجر بل ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن
رميهم انهزم المسلمون او لم يعلموا ذلك الا انه لا يقصد برميهم الا الكفار فان اصيب احد من المسلمين
فلا دية ولا كفارة عندنا الائمة الثلاثة لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عن رميهم في
هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن بن زياد فان رموا واصيب احد من المسلمين فعند الحسن بن زياد
فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال ابو اسحق ان قصده
بعينه لزمه الدية علمه مسلما او لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج وان لم
يقصده بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه واما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام
وترك قتل الكافر جائز الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان تركه لعدم قتل المسلم
اولى ولان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق من الاول ان امرنا بقتالهم
مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما ومدينة قلما تخلو عن اسير مسلم فلزم من افتراض
القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة او حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم
بوجود اولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو
الجامع غير ان الواجب ان لا يقصد بالرمي الا الكافر ولان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يتعرض
وهو ما اذا فتحنا البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم ان فيها مسلما او ذميا لا يحل قتل احد منهم
لاحتمال كون ذلك المسلم او الذمي الا انه قال ولو اخرج واحد من عرض الناس حل اذ ذاك قتل الباقي
لجواز كون المخرج هو ذاك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم
او الذمي فيهم معلوم بالفرض فوضح الفرق الثاني ان فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام
باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف احاله وجه مسئلة التترس على وجه مسئلة ما اذا
كان فيهم اسير مسلم حينئذ او تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو حصن عن تاجر او اسير فاطلاق افتراض
القتال اهدار لاعتباره مانعا فلا نسلم انه لا يخلو اهل حصن ان يترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض
اهدارا للحرمة الرمي فان المشاهدة نفته فوجب ان يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا واما
قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم
يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به • واعلم ان المراد ان كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام
بالذب عن بيضة الاسلام اي مجتمعهم وان لم يحصل فيه الظفر يتضرر المسلمون كلهم وهو محل تامل ويتعدى
هو ضرر خفيف اشد منه قتل مسلم في غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه
هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم لم يلزم الدية اذا اصيب مسلم مع قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم
مفرج • اجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما
ذكر من قوله لان الفروض لا تقرن بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي او حده انه لا دية فيه
لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والا امتنع عن الاقامة بخلاف المضطر حالة
المخمصة لانه لا يمتنع عن الاكل مخافة الضمان لان في الامتناع هلاك نفسه والضمان لحق عليه من هلاكها

فلا يمنع اما الجهاد فمبني على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره واعلم ان المذهب عندنا في المضطر انه لا يجب
عليه اكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق فلا حاجة
الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد في الضمان **قوله** ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا
كان عسكرا عظيما يومن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك في سرية لا يومن
عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف ومنهم لها قال المصنف
وهو التاويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا يسافر بالقران الى ارض العدو وهذا الحديث رواه
الستة الا الترمذي من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر و **قوله** وهو التاويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام
عن ابي الحسن القمي والصدر الشهيد عن الطحاوي ان ذلك انما كان عند قلة المصاحف كيلا تنقطع عن ايدي الناس
واما اليوم فلا يكره واما التاويل الصحيح فما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوي الحديث فان ابا داود
وابن ماجة زادا بعد قوله الى ارض العدو قال مالك اري ذلك مخافة ان يناله العدو والحق انها من قول
النبي صلى الله عليه وسلم على ما اخرجه مسلم وابن ماجة عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كان ينهى ان يسافر بالقران الى ارض العدو مخافة ان يناله العدو واخرجه مسلم عن ايوب السختياني عن نافع
عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقران فاني لا آمن ان يناله العدو وفي رواية
لمسلم فاني اخاف فلهذا حكم القرطبي والنووي بانها من قول النبي صلى الله عليه وسلم وغلط من زعم انها من قول
مالك وقد يكون مالك لم يسمعها فوافق رايه او شك في سماعه اياها. وفي فتاوى قاضي خان قال ابو حنيفة
اقل السرية اربعمائة واقل العسكر اربعة الاف وفي المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار
انتهى وكان المراد من شانهم ذلك والا فقد لا يكمن وكانه ماخوذ من السري وهو السير ليلا لكان الاولى ان يقال
بعد قوله يومن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست
مناسبة والذي يومن عليه فمن توغله في دار الحرب ليس الا العسكر وينبغي كونه اثني عشر الفا لما روي انه عليه الصلاة
والسلام قال لن تغلب اثنا عشر الفا من قلة وهو اكثر ما روي فيه وهذا اعتباره احوط وهذا مذهبنا ومذهب
الشافعي ومذهب مالك اطلاق المنع اخذا باطلاق الحديث قال القرطبي لا فرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق
النص وهو وان كان نيل العدو له في الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وانت تعلم ان العلة المنصوصة
لما كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر
للحفظ الباعث عليه وذلك ان حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القران فياخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه
وكتب الفقه ايضا كذلك ذكره في المحيط معزوا الى السير الكبير وكتب الحديث اولى ثم الاولى في اخراج النساء العجائز
للطب والمداواة والسقي دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر ولا يباشرن
القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة وقد قاتلت ام سليم يوم خيبر واقرها عليه السلام
حيث قال لمقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين **قوله** ولا تقاتل المراة الا باذن زوجها
ولا العبد الا باذن سيده لما بينا من تقدم حق الزوج والمولى الا ان يهجم العدو على ما تقدم **قوله**
وينبغي للمسلمين انه يحرم عليهم ان يغدروا او يغلوا او يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة
ونقض العهد وقوله لقوله عليه السلام لا تغلوا الى اخره تقدم في حديث بريدة وقوله عليه السلام
ولا تمثلوا اي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن نصرت امثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه او

او قطعت انفه ونحوه ذكره في الفايق وقول المصنف والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي
المتاخر هو المنقول وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكره قتادة في لفظ في الصحيح
بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين ان ذلك قبل ان تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال انس
رضي الله عنه ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال ابو الفتح اليعمري
في سيرته من الناس من ادعى ذلك الى ان قال وليس فيها يعني اية الحرابة اكثر مما يشعر لفظه انما من الاقتصار في حد
الحرابة على ما في الاية واما من زاد على الحرابة جنايات اخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم
انهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرزوا الشوك في لسانه وعينه حتى مات فليس في الاية ما يمنع من التغليظ
عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثله والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم
انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم اعينهم لانهم سملوا اعين الرعاء ولو ان شخصا جنى على قوم جنايات في اعضاء
متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني اية
الحرابة سببا اخر واذا اختلفت في سبب نزول الاية الاقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا
القول ان المثلة بمن مثل جزاء ثابتة لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثله لا تحل لا انها منسوخة
لانها لم تشرع اولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء لتمثيلهم بالراعي ولا شك ان قوله لا تمثلوا على ما تقدم من
رواية الجماعة ونحوها اما ان يكون متاخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها او لا فيتعارض محرم
ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح احدهما تضمن الحكم بنسخ الاخر ورواية
انس صريح فيه واما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع انف رجل واذني رجل وفقا
عيني آخر وقطع يدي آخر ورجلي آخر فلا شك في انه يجب القصاص لكل واحد اذا حقه لكن يجب ان يستاني بكل
قصاص بعد الذي قبله الى ان يبرا منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به اي مثله ضمنا لا قصدا
وانما يظهر اثر النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ ان يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى
ان هذا بعد الظفر والنصر اما قبل ذلك فلا باس به اذا وقع قتالا كمبارز ضرب فقطع اذنه ثم ضرب ففقا
عينه فلم ينته فضربه فقطع يده وانفه ونحو ذلك **قوله** ولا تقتلوا امراة ولا صبيا اخرج الستة
الا النسائي عن ابن عمر رضي الله عنهما ان امراة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة
فنهى عن قتل النساء والصبيان واخرج ابو داود عن انس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله
وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا
واحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفرز قال ابن معين ليس بذلك واما معارضته بما اخرج ابو
داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم كما ضعف
منه ثم على اصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب ان يخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك الحديث
الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا بما اخرج الستة عن الصعب بن جثامة انه
سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال
عليه الصلاة والسلام هم منهم وفي لفظ من ابائهم فيجب دفعا للمعارضة وحمله على مورد السؤال وهم
المبيتون وذلك ان فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك
والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما اظن الا ان حرمة قتل النساء والصبيان اجماع واما الحديث الذي

ذكره المصنف انه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه ابو داود والنسائي عن ابي الوليد
الطيالسي عن عمر بن المرقع بن صيفي حدثني ابي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم
في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل
فقال ما كانت هذه لتقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا
واخرجه النسائي ايضا وابن ماجة عن المغيرة بن عبد الرحمن عن ابي الزناد عن المرقع وكذا احمد في مسنده وابن
حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه
المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن ابي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة زجر والهاء الثانية
للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في **قوله** ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من انه معلول
بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويمنع قتل النساء والصبيان ويابس الشق ونحوه يبطل
كون الكفر من حيث هو كفر علة اخرى والا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف والحجة عليه اي على الشافعي
رحمه الله ما بيناه يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على احد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز
في الشيوخ والعميان والصغار والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم
وبه قال احمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروي عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ
المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال ابو حنيفة ومالك
واحمد في رواية وذكر ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع
اليدين والرجلين في معناه وعن ابي بكر انه اوصى يزيد بن سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان
ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وانت تعلم ان قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان
فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمعت بل قدمنا ان النصوص
مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما نرجع اليه واما حديث الشيخ فتقدم انه ضعيف بالانقطاع عنهم وبالحجاج
ابن ارطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على اصولهم واما قول المصنف صح انه عليه الصلاة والسلام نهى
عن قتل الصبيان والذراري والمراد بالذراري النساء من اسم السبب في المسبب قال في الغريبين وفي الحديث
لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امرأة ولا اجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذي لا يقتل من لا يقدر على القتال
ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يخرج منه الولد فيكثر محارب المسلمين ذكره في الذخيرة
وزاد الشيخ ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله اذا
ارتد والذي لا نقتله الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن حد العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون
بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام
ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ونقتلهم ايضا اذا ارتدوا انتهى ولا نقتل مقطوع اليد
اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ونقتل اقطع اليد اليسرى واحد الرجلين وان لم يقاتل **قوله**
الا ان يكون احدهما ولا استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف في هذا لاحد وصح امره عليه السلام
بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما او اكثر وقد عمل جيء به في جيش هوازن للرأي و
يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة الا ان الصبي والمجنون يقتلان في
حال قتالهما اما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل

وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان في ذلك الملك كسر شوكتهم وفي السير الكبير لا
يقتل الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيس والذي
يجن ويفيق يقتل في حال افاقته وان لم يقاتل **قوله** ويكره ان يبتدي الرجل اباه المشرك وجده
او امه اذا قاتلت او جدته بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا نزلت في الابوين ولو مشركين
لقوله تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم الآية ولانه تجب عليه الانفاق لاحيائه
فيناقضه الاطلاق في افنائه فان ادركه اي ادرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله امتنع الابن
على الاب بغير القتل بل يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه او يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي
ان ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى ان يفعل ما ذكرنا ولا يدعه ان يهرب الى ان يجيء من
يقتله فاما ان لم يمكن الابن دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما اراد قتل ابنه ولا يمكن
من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا لدفع شره فهنا اولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن
ما يكفي لنجاة احدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي انه لو سمع اباه المشرك يذكر الله او رسوله بسوء
ان يكون له قتله لما روي ان ابا عبيدة بن الجراح قتل اباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم
فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره قتل الاب ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم
والخال يباح قتلهم ولا منافاة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب للمخالفين منهم بخلاف القرابات
البغاة يكره ان يبتدئهم كالاب واما في الرجم اذا كان الابن احد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله
بان يرميه مثلا بحصاة

باب الموادعة ومن يجوز امانه

والموادعة
المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء
يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه اصلا ويثاب على ذلك كيف
وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال **قوله** واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا
منهم بمال وبلا مال وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس به بقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله
الآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها برؤية مصلحة المسلمين في ذلك باية اخرى هي قوله تعالى
فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا تجوز بالاجماع وفي
السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى والقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول
انها منسوخة وان كانت الثانية بعدها اي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة او المعارضة في حالة
عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع اعني اية فلا تهنوا كما هو القاعدة في تقديم المحرم واما
حديث موادعته عليه الصلاة والسلام اهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين
بان الصحيح عند اصحاب المغازي انها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن ابيه وليس بلازم لان الحاصل ان اهل
النقل يختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة انها كانت سنتين اخرجه البيهقي عنه وعن عروة
ابن الزبير من سلام قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاء سنتين الى ان نقض المشركون عهدهم وخرج
النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة واما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه ان يكون المحفوظ
ما رواه محمد بن اسحق وهي عشر سنين انتهى وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام
من غير ابن عقبة ورواه ابو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة

ومروان بن الحكم انهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس وعلى ان بيننا عيبة مكفوفة وانه
لا اسلال ولا اغلال ورواه احمد رحمه الله في مسنده مطولا بقصة الفتح ثنا يزيد بن هرون انبا ابن
اسحاق فساقه الى ان قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدي
في المغازي حدثني ابن ابي سبرة عن اسحق بن عبد الله بن ابي فروة عن واقد بن عمرو وذكر قصة الحديبية الى
ان قال على وضع الحرب عشر سنين الى اخره والوجه الذي ذكره البيهقي وجه حسن به تنتفي المعارضة فيجب اعتباره
فان الكل اتفقوا على ان سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث اعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا في حلف رسول الله
صلى الله عليه وسلم واختلفوا في مدة الصلح فرفع الخلاف ظاهرا بان مراد من قال سنتين اي بقا سنتين
ومن قال عشرا كذا رواه كذلك فانه لا تنافي بينهما حينئذ والله سبحانه اعلم **قوله** ولا يقتصر الحكم وهو
جواز الموادعة على المدة المذكورة وهو عشر سنين لتعدي المعنى الذي علل جوازها وهو حاجة المسلمين او
ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر خلاف ما اذا لم تكن الموادعة المدة المسماة خيرا للمسلمين فانه لا يجوز لانه
ترك للجهاد صورة ومعنى وما ابيح الا باعتبار انه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك
للمامور به وهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه اكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر
وهو قول الشافعي ولقد كان في صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشفت محاسن
الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما تقاربوهم وتخالطوا **قوله** وان صالحهم
مدة ثم رأى ان نقض الصلح انفع نبذ اليهم اي القى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم انه رجع عما كان وقع
واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء اي على سواء منكم ومنهم في العلم بذلك لكن ظاهر الاية
انه مقيد بخوف الخيانة وهو مثل ان علمتم فيهم خيرا في الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم
حربا علينا والاجماع على انه لا يتقيد بحظور الخوف لان المهادنة في الاول ما صحت الا لانها انفع فلما تبدل الحال
عاد الى المنع ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وهو محرم بالعمومات نحو ما صح في البخاري عنه عليه الصلاة والسلام
من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص اربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد
اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر وروى ابو داود والترمذي وصححه كان بين معاوية وبين
الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس او برذون وهو يقول
الله اكبر الله اكبر وفاء لا غدر فنظروا فاذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه وبين قوم عهد فلا يشد عقده ولا يحلها حتى ينقضي امدها او ينبذ
اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه احمد وابن حبان وابن ابي شيبة وغيرهم واما ما ذكر المصنف من
قوله عليه السلام وفاء لا غدر فلم يعرف في كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا واما استدلاله
بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين اهل مكة فلا يليق ان يجعل دليلا فيما يأتي
من قوله وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا
حاجة الى نقضه وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا في حقهم
خاصة فيقتلون ويسترقون هم ومن معهم من الذراري الا ان يكون باذن ملكهم فيكون نقضا في حق
الكل ولو لم تكن منعة لهم لم يكن نقضا لا في حقهم ولا في حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عليه الصلاة والسلام
لم ينبذ الى اهل مكة بل هم بدؤا بالغدر قبل مضي المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى ان يعمي عليهم

حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع اصحاب السير والمغازي ومن تلقى القصة ورواها كما في حديث
ابن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان في صلح رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه من شاء ان يدخل في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت
خزاعة في عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر في عقد قريش فمكثوا في الهدنة نحو السبعة
والثمانية عشر شهرا ثم ان بني بكر الذين دخلوا في عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا في عقد
رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا الليل وما
يعلم بنا محمد ولا يرانا احد فاعانوا بني بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه انشده لاهم اني ناشد محمدا

حلف ابينا وابيه الاتلدا • ان قريشا اخلفوك الموعدا • ونقضوا ميثاقك المؤكدا •
هم بيتونا بالوتير هجدا • فقتلونا ركعا وسجدا • فانصر رسول الله نصرا عتدا •

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمرو بن سالم ثم امر الناس فتجهزوا وسأل الله ان يعمي على
قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان ابا بكر قال له يا رسول الله الم يكن بينك
وبينهم مدة قال الم يبلغك ما صنعوا ببني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن ابي شيبة
مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين في كتاب المغازي وفيه فقال ابو بكر يا رسول الله ولم يكن
بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا العهد فانا غازيهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد اعلامهم
بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى اطراف مملكته ولا يجوز ان يغار على
شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة **قوله** وان رأى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ المسلمون
على ذلك مالا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو اكثر نفعا اولى الا ان هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما
اذا لم يكن فلا يوادعهم لما بينا من قبل يعني قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز ان يكون
اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي ان الموادعة
تجوز واخذ المال لا يجوز اذا كان بالمسلمين كثرا غير انهم ليسوا متأهبين للحرب لقلة العدد الحاضر
لتفرق المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كله جهاد وفي اخذ المال كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم
فاخذه لهذا المعنى من الجهاد لا الاجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف
الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول الله اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة نخمسها ونقسم الباقي
لانه مأخوذ قهرا معنى واما المرتدون فلا باس بموادعتهم ومعلوم ان ذلك اذا غلبوا على بلدة وصار
دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال ويدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون
على دار من دور الاسلام فلا باس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية
ولا تقبل من المرتد جزية **وقوله** لما بين يعني في باب الجزية ومع هذا لو اخذه لا يرده عليهم لانه مال فيء
للمسلمين اذ ظهر والخلاف ما اذا اخذوا من اهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب اوزارها
لانه ليس فيئا الا انه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم **قوله** ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا
الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية اي النقيصة ومن ذلك

قول عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان متجانفا عن الصلح اليس برسول الله صلى الله عليه وسلم
قال ابو بكر بلى قال اولسنا بالمسلمين قال بلى قال اوليسوا بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا
فقال له ابو بكر الزم غرزه فاني اشهد انه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر وانا اشهد انه رسول الله
ذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس للمؤمن ان يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله تعالى ولله
العزة ولرسوله وللمؤمنين الا اذا خاف الامام الهلاك على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبي صلى الله عليه
وسلم لما اشتد على الناس البلاء وقت الخندق ارسل الى عيينة بن حصين والحارث بن عوف بن ابي حارثة
المري وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على ان يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا
ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما اراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد
ابن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله صلى الله عليه وسلم امرا تحبه فنصنعه
ام شيئا امرك الله به لا بد لنا من العمل به ام شيئا تصنعه لنا قال بل شيء اصنعه لكم والله ما اصنع ذلك الا
اني رايت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت ان اكسر عنكم من شوكتهم الى امر ما
فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله
ولا نعرفه وهم لا يطمعون ان ياكلوا منا تمرة الا قرى او بيعا افحين اكرمنا الله بالاسلام وهدانا له واعزنا بك
وبه نعطيهم اموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا
علينا قال محمد بن اسحق حدثني به عاصم بن عمر بن قتادة ومن لا اتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهري
وعلل المصنف هذا بقوله لان دفع الهلاك واجب باي طريق يمكن وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك
باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو اكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا في الصلح
ان يرد اليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاء منهم مسلما وهو
قول مالك رحمه الله تعالى وقال الشافعي يجب الوفاء به في الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم
فعل ذلك في الحديبية حتى جاء ابو جندل بن عمرو بن سهيل وكان قد اسلم فرده فصار ينادي يا معشر
المسلمين ارد الى المشركين يفتنوني في ديني فقال له عليه الصلوة والسلام اصبر يا جندل واحتسب فان الله
جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد ابا بصير واما لو شرط مثله في النساء لا يجوز ردهن
ولا شك في انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربي المهر هل يعطاه للشافعي فيه قولان في قول لا يعطاه
وهو قولنا وقول مالك واحمد وفي قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار
وهذا دليل النسخ في حق الرجال ايضا اذ لا فرق بين النساء والرجال في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم
اكثر وحين شرع ذلك كان قوم من اسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كان قبيلة لا تعرض لمن فعل ذلك
من قبيلة اخرى انما يتولى ردعه عشيرته وهم لا يبلغون فيه اكثر من القيد والسب والاهانة ولقد كان
بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل ابي بصير وابي جندل بن عمرو بن سهيل
الى نحو سبعين لم يبلغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر الان على خلاف ذلك **قوله** ولا ينبغي ان يباع
السلاح من اهل الحرب اذا حضروا مستامنين ولا يجهز اليهم مع التجار الى دار الحرب لانه عليه السلام نهى
عن بيع السلاح من اهل الحرب وحمله اليهم والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني

من حديث بحر بن كثير السقاء عن عبيد الله القبطي عن ابي رجاء عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب انه موقوف واخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد بن مصعب
القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي هو عندي لا باس به ونقل عن احمد نحو ذلك قال
المصنف ولان فيه اي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع اي الخيل لا فرق في
ذلك ما قبل الموادعة وما بعدها لانها على شرف الانقضاء او النقض قال وهو القياس في الطعام اي القياس
فيه ان يمنع من حمله الى دار الحرب لانه المقوي على كل شيء والمقصود اضعافهم الا انا عرفناه اي نقل الطعام
اليهم بالنص يعني حديث ثمامة وحديث اسلامه رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن ابي هريرة
فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له اصبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني
اسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وايم الذي نفس ثمامة بيده لا ياتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما
بقيت حتى ياذن فيها محمد وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم يسالونه بارحامهم ان يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر انهم قالوا له صبات فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله
لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى ياذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فكتبوا الى رسول الله
صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت ارحامنا فكتب عليه الصلاة والسلام اليه ان
يخلي بينهم وبين الحمل واما بيع الحديد فمنعه المصنف لانه اصل السلاح وهو ظاهر الرواية فان الحاكم
نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى انه لا يكره حيث قال هذا
في السلاح واما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا باس كما كرهنا بيع المزامير وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب
باسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك وقال الفقيه ابو الليث في شرحه ولكن هذا كما قالوا في بيع العصير
ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعدما يصير خمرا واما هنا فالسلاح آلة
الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره ٥

فروع من المبسوط طلب ملك منهم الذمة على ان يترك يحكم في اهل مملكته ما شاء من قتل وظلم
لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي ملتزم
احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له ارض فيها قوم من اهل مملكته
هم عبيده يبيع منهم ما شاء صالح فصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة
خلف عن الاسلام في الاحراز ولو اسلم كانوا عبيده فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده
القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدو فاستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم
على هذا الملك بغير شيء قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر اموال اهل الذمة وهذا لان على
المسلمين القيام بدفع الظلم عن اهل الذمة كما عليهم ذلك في حق المسلمين وكذا لو اسلم الملك واهل ارضه
او اسلموا دونه هم عبيده ولو وادعوا على ان يؤدي كل سنة شيئا معلوما وعلى ان لا يجري عليهم في
بلادهم احكام المسلمين لا يفعل ذلك الا ان يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون احكام
الاسلام ولا يخرجون من ان يكونوا اهل حرب وترك القتال مع اهل الحرب لا يجوز الا ان يكون خيرا
للمسلمين ثم اذا فعل ذلك ان كان بعدما احاط بهم الجيش او قبله برسول فحكم هذا المال ولو صالحوا

على ان يؤدوا اليهم كل سنة ماية راس من انفسهم واولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم وكانوا
كلهم مستامنين واسترقاق المستامن لا يجوز الا ترى ان واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز وكذلك
لا يجوز تمليك شي من نفوسهم واولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تاكدت بخلاف ما لو صالحهم في
ماية راس باعيانهم اول السنة وقالوا امنونا على ان هولاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان نعطيكم
كل سنة ماية راس من رقيقنا فانه جايز لان المعنيين في السنة الاولى لا يتناولهم الموادعة ومنها يثبت الامان
لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عوضا للمسلمين بالموادعة والمشروط في السنين الكاينة
بعد الموادعة ارقا فجاز ولو سرق مسلم مستامن مالهم بعد الموادعة لا يحل شراوه منه لان مال المستامن
لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراوه منه ولو اغار قوم من اهل الصلح جاز ان يشتري منهم ما اخذوه
من اموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كالمسلمين ثم لا يلزم رد شي من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة
ما خرجوا عن كونهم اهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل
بعضهم دار الحرب اخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه في امان المسلمين **فصل في
الامان** وهو نوع من الموادعة في التحقيق **قوله** اذا امن رجل حرا وامراة حرة كافرا او جماعة او
اهل حصن او مدينة صح امانهم على اسناد المصدر الى المفعول ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه
قوله عليه الصلاة والسلام تتكافو دماوهم اي لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع ويسعى بذمتهم ادناهم اخرج
ابو داود من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافو
دماوهم ويسعى بذمتهم ادناهم ويرد عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى ويرد عليهم اقصاهم
اي يرد الابعد منهم الغنيمة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها
للاغارة فما غنمته جعل لها ما سمي ويرد ما بقي لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل في دار الحرب
واخذ المال واما **قوله** وهم يد الى اخره اي كانهم اله واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد باعتبار
تعاونهم عليهم لكن رواه ابن ماجة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافو دماوهم ويسعى
بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد الحديث فنفسر الرد في هذا الحديث فنسوا الرد في هذا الحديث
بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث وهو في الصحيحين
عن علي قال ما كتبنا عن النبي صلى الله عليه وسلم الا القران وما في هذه الصحيفة قال عليه السلام المدينة
حرم فمن احدث فيها حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملايكة والناس اجمعين لا يقبل الله منه يوم القيمة
صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها ادناهم فمن اخفر مسلما فعليه لعنة الله والملايكة والناس اجمعين
لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا. **واخرج** البخاري ايضا من حديث انس ومسلم من حديث ابي هريرة
ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذا اخرجه من حديث علي من جهة ابي داود والواقع ان الشيخين اخرجاه
غلط فان ما في الصحيحين ليس فيه تتكافو دماوهم وهو يريد ان تخريج ما ذكره في الهداية لا ما هو محل الحاجة
من الحديث فقط وفسر المصنف ادناهم بالاقل في العدد وهو الواحد احترازا عن تفسير محمد من الدناءة
ليدخل العبد كما سياتي وليس بلازم اذ على هذا التفسير ايضا فيه دليل الحد وهو اطلاق الادنى على الواحد
فانه يتناول الواحد حرا او عبدا وقد ثبت في امان المراة احاديث منها حديث ام هاني في الصحيحين
عنها قالت يا رسول الله زعم ابن امي علي انه قاتل رجلا قد اجرته فلان بن فلان قال عليه السلام قد اجرنا من

اجرت وامنا من امنت ورواه الازرقي من طريق الواقدي عن ابن ابي ذيب عن المقبري عن ابي مرة مولى عقيل
عن ام هاني بنت ابي طالب قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له يا رسول الله اني اجرت حموين
لي من المشركين فاراد هذا ان يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذي اجار
ام هاني عبد الله بن ابي ربيعة بن المغيرة والحارث بن هشام بن المغيرة كلاهما من بني مخزوم ومنها ما رواه
ابو داود ثنا عثمان بن ابي شيبة عن سفين بن عيينة عن ابراهيم عن الاسود عن عايشة قالت ان كانت المراة
لتجير على المومنين فيجوز وترجم الترمذي باب امان المراة ثنا يحيى بن اكثم الى ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال ان المراة لتاخذ للقوم يعني تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال في علله الكبرى
سالت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو في السند سمع من الوليد
ابن رباح سمع من ابي هريرة ومنها حديث اجارة زينب رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا العاص فقال
عليه السلام الا وانه يجير على المسلمين ادناهم رواه الطبراني بطوله قال المصنف ولانه من اهل القتال
اي الواحد ذكرا وانثى فانها من اهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه فيتحقق الامان منه لملاقاته محله
اي محل الامان وهو الكافر الخايف واذا صدر التصرف من اهله في محله نفذ ثم يتعدى الى غيره اي غير
المجير من المسلمين واما **قوله** ولان سببه لا يتجزى الى اخره فيصلح تعليلا لا للتعدي فان ما ذكره
من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المومن فاما تعديه الى الغير فليس ضروريا فلا بد له من دليل
وما ذكر من عدم التجزي يصلح دليلا له فانه اذا لم يتجز كان امان الواحد امان الكل لا انه بعض امان
الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجز فكذا الامان وفسر بالتصديق الذي هو ضد
الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فامن اي اعطيته الامان فامن ولا يصح ان يقال امنت بمعنى
صدقت بالدين فامن الكافر اي حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة
السبب المفضي فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك ان الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى امان الحربي اعطا
المسلم اياه له فالحق ان كلا منهما يصح الايمان اي اعطاء الامان سببا للامان بمعنى علته لا يتجزى فلا يتجزى
الايمان والايمان بمعنى التصديق سبب حقيقي للامان لا يتجزى فلا يتجزى الامان وصار كولاية الانكاح
اذا زوج احد الاوليا المستوين نفذ على الكل واعلم ان كونها لا تتجزى انما علمناه من النص الموجب للنفاذ
على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع في ذلك وقوله الا اذا كان في ذلك اي امان الواحد مفسدة
فينبذ اليهم كما اذا امن الامام بنفسه ثم راى المصلحة في النبذ وقد بيناه في الباب السابق وهو
قولنا بعمل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى واما قوله ولو حاصر الامام حصنا
وامن واحد من الناس الى اخره فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبني عليه قوله ويودب الامام لافتياته
على رايه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لا يودب لانه ربما فعل ذلك مخافة ان تفوت المصلحة بالتاخير
الى ان يعلم الامام بها ويومن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتعال
للسبق الى شي بما من ينبغي ان يوامر فيه بخلاف غيره يقال فاتني ذلك الفارس اي سبقني فاصله افوات
قلبت واوه يا لكسر ما قبلها والتعليل به مطلقا يقتضي ان يودب مطلقا لتحقق الافتيات بما فيه المصلحة
فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه **قوله** ولا يجوز امان ذمي لانه متهم بهم على المسلمين
لموافقته لهم اعتقادا وايضا لا ولاية لكافر على مسلم بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا

والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء او ابى ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم في دار الحرب لانهما
مقهوران تحت ايديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة لانه كلما اشتد
الامر عليهم يجدون اسيرا او تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح قوله ومن اسلم في دار الحرب
ولم يهاجر الينا لم يصح امانه لما بينا من ان الامان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما في دارهم
لا منعة له ولا قوة دفاع قوله ولا يصح امان العبد المحجور عليه عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال
وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وبه قال مالك واحمد وابو يوسف في رواية لاطلاق الحديث المذكور
وهو قوله ويسعى بذمتهم ادناهم ولما روى ابو موسى الاشعري من قوله عليه الصلاة والسلام امان العبد
امان ولانه مؤمن ممتنع اي له قوة يمتنع بها ويضر غيره فيصح امانه اعتبارا بالماذون له في القتال والمؤبد
من الامان وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا اهل
ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة اولى بالصحة وهذا لان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان اما الايمان
فلانه شرط للعبادات والجهاد اعظمها واما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر
الجامع بين الاصل والفرع وهو اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة لا انما
لا مصلحة فيه واما لا يملك المسايفة اي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان
يقتل وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يسو بينه
وبين المحجور في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه ولابي حنيفة ومالك في رواية سحنون عنه
انه محجور عن القتال فلا يصح امانه لانتفاء الخوف منه فلم يلاق الامان محله وهو الخائف من المؤمن فلم
يحصل المؤثر وهو الاعزاز لانه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر انه يخطئ لان معرفة المصلحة
في الامان انما يقوم بمن باشر القتال وهو الماذون لانه ادرى بالامر من غير الممارس له وفي خطابه سد
باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يعرف عن احتمال الضرر احتمالا لا راجحا بخلاف العبد الماذون وبخلاف
الامان المؤبد باعطاء الجزية لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام ولكل مسلم عبدا او حرا
ولانه مقابل بالجزية فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين متحققة فيه ولانه مفروض عند سؤالهم لان الله
تعالى جعل قتالهم به بقوله حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم اسقاط الفرض عن الامام وعامة المسلمين
وبذلك نفع محقق فافترقا واعلم ان وجه العامة تضمن قياسين قياس امان المحجور على امان الماذون
في القتال وقياس امان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك ان فرق ابي حنيفة في الثاني متجه واما
دفعه القياس الاول فلا لانه ان فرق بانه لا يخاف منه والاخر يخاف منه فالظاهر ان ذلك بالنسبة
الى اهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون الماذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من راوه مع المسلمين
سوى البنية فهو خوف لهم واما بان الظاهر خطاؤه في المصلحة فلا تاثير له لان الامان غير لازم اذا لم
تكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك نبذ اليهم الامام به نعم لا سند لا بالحديث المروي عن ابي موسى غير تام
لانه حديث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق ثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي
قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كان ذات يوم وطمعنا ان
نصبحهم انصرفنا عنهم عند المقيل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم امانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا
اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا اسلحتهم فقلنا ما شانكم فقالوا امنتمونا واخرجوا الينا السهم فيه كتاب

بامانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شيء قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى
عمر فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم ورواه ابن ابي شيبة وزاد واجاز عمر امانه فالجواب
انها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وايضا جاز كونه محجورا والامان كان عقد ذمة وانه يصح
والله اعلم الا ان اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وامانه امانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي
ان امانه مطلقا بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين قوله وان امن الصبي
وهو لا يعقل لا يصح باجماع الائمة الاربعة كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف
بين اصحابنا لا يصح عند ابي حنيفة ويصح عند محمد وبقول ابي حنيفة قال الشافعي واحمد في وجه لان قوله
غير معتبر كطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك واحمد وان كان ماذونا له في القتال فالاصح انه يصح
بالاتفاق بين اصحابنا وبه قال مالك واحمد لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي الماذون
والمراد بكونه يعقل ان يعقل الاسلام ويصفه واضاف ابو يوسف الى ابي حنيفة في السير الكبير في عدم
الصحة وانما قال المصنف والاصح والله اعلم لانه اطلق المنع في الصبي المراهق عن ابي حنيفة كما نقله الناطفي
في الاجناس نقلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه
جاز امانه ثم قال وهذا قوله فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وكذا الاطلاق في كفاية البيهقي
لا يجوز امان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته
وكذا المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما بنفسه فهذا كما ترى اجراء
الخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال او ماذونا له
فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن الفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل او مترس
او لكم عهد الله او ذمة الله او تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي في السير الا ان الامان بالاشارة
عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وابو يوسف يستحسن ان يكون امانا
وهو قول محمد

باب الغنائم وقسمتها

لما ذكر قتال الكفار وذكر
ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وانما كان
ذلك غالبا لاستقراء تاييد الله جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة
يجوز في الواو ما قدمنا في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لان منه عنا يعنو
عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم واما المعنى فتح بلدة حال كون اهلها ذوي
عنوة اي ذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا في الفاظ عند بعضهم
واطلاقا للازم وارادة الملزوم وفي غير التعاريف بل ذلك في الاخبارات على ان يراد معنى المذكور لا لذاته
لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو اراد به نفسه الجود كان مجازا من السبب
في السبب والوجه انه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر في نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا
واذا فتح الامام بلدة عنوة فهو بالخيار ان شاء قسمه اي البلد بين الغانمين مع رؤوس اهلها استرقاقا
واموالهم بعد اخراج خمسها لجهاته وان شاء قتل مقاتلتهم وقسم ما سواهم من الاراضي والاموال والذراري
ويضع على الاراضي المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم واراضيهم واموالهم ووضع
الجزية على الرؤوس والخراج على اراضيهم من غير نظر الى الماء الذي يسقى به اهو ماء العشر كالسماء والعيون والاودية

والابار او ماء الخراج كالانهار التي شقتها الاعاجم لانه ابتدا التوظيف على الكافر واما المن عليهم برقابهم
وارضهم فقط فمكروه الا ان يدفع اليهم من المال ما يتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على انفسهم وعلى الاراضي
الى ان يخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق واما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض او برقابهم
فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يجعلهم احرارا ذمة بوضع الجزية
عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقرا يكتسبون بالسعي والاعمال وله ان يقتلهم وله ان يسترقهم كما
سيذكر هنا وقد قيل الاولى الاول وهو قسمة الاراضي وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثاني عند عدمها
ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما في البخاري عن زيد بن اسلم عن ابيه قال
قال عمر رضي الله عنه لولا اخر المسلمين ما فتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين اهلها كما قسم رسول الله صلى الله
عليه وسلم خيبر ورواه مالك في الموطا انا زيد بن اسلم عن ابيه قال سمعت عمر يقول لولا ان يترك اخر الناس
لا شيء لهم ما فتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر
هذا انه قسمها كلها والذي في ابي داود بسند جيد انه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين
قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما واخرجه ايضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قسمها على ستة وثلثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعني اعطى لكل مائة
رجل سهما وقد جاء مبينا كذلك في رواية البيهقي فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف
من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا انه نصف النصف
لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق اخر وبين ان ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة
والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين لم يكن لهم عمال
يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد ابو عبيد في كتاب الاموال فعاملهم
بنصف ما يخرج منها فلم تزل على حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر حتى كان عمر وكثر العمال في المسلمين
وقووا على العمل فاجلى عمر رضي الله عنه اليهود الى الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف
اصحاب المغازي في ان خيبر فتحت كلها عنوة او بعضها صلحا وصحح ابو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى بن عقبة
عن الزهري الثاني وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين اسلمهما اهلهما في حقن دمائهم
وهما الوطيح والسلالم كما روي انه عليه السلام لما حاصرهم فيهما حتى ايقنوا بالهلكة سالوه ان يسيرهم وان
يحقن لهم دماءهم ففعل فحاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين
الى ان قال فلما لم يكن من اهل ذينك الحصنين مغنومين ظن ان ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية
لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا ارضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم ارض خيبر كلها عنوة مقسومة
بين اهلها الى ان قال ولو كانت صلحا لملكها اهلها كما يملك اهل الصلح ارضهم وساير اموالهم فالحق في ذلك
ما قاله ابن اسحق عن الزهري دون ما قاله موسى بن عقبة عنه انتهى **قوله** وان شاء اقر اهلها الى قوله
هكذا فعل عمر بسواد العراق لا شك في اقرار عمر رضي الله عنه اهل السواد ووضع الخراج على اراضيهم على
كل جريب عامرا او غامر عمله صاحبه او لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب
خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية واربعين وعلى من دونه اربعة وعشرين وعلى من لم يجد
شيئا اثني عشر درهما فحمل في اول سنة الى عمر ثمانون الف الف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون

الى القدر الآن في المشهور عن اصحاب الشافعي انها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس
والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم انه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين
واسترد ها وردها على اهلها بخراج يؤدونه في كل سنة وقال ابن سريج باعها من اهلها بثمن منجم والمشهور
في كتب المغازي ان السواد فتح عنوة وان عمر رضي الله عنه وظف ما ذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله
تعالى ما افاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم اي الغنيمة لله وللرسول وللذين جاؤا من بعدهم
وانما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية وتلى عمر هذه الاية ولم يخالفه احد الا نفر يسير كبلال وسلمان
ونقل عن ابي هريرة فدعا عمر رضي الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفني بلالا واصحابه قال في المبسوط فلم
يحول وندموا ورجعوا الى رايه رضي الله عنه ويدل على ان قسمة الاراضي ليس حتما ان مكة فتحت عنوة
ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم ارضها ولهذا ذهب مالك ان بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين
وهو ادري بالاخبار والاثار ودعواهم ان مكة فتحت صلحا لا دليل عليها بل على نقيضها الا ترى انه ثبت في
الصحيح من قوله عليه السلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن اغلق بابه عليه فهو امن ولو كان صلحا لامنوا
كلهم به بلا حاجة الى ذلك والى ما ثبت من اجارة ام هانئ من اجارته ومدافعتها عليا عن قتله وامره عليه الصلاة
والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة واظهر من الكل قوله عليه الصلاة
والسلام في الصحيحين ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان احد
ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله اذن لرسوله ولم ياذن لكم فقوله بقتال
رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك **قوله** وفي العقار خلاف الشافعي فعنده يقسم الكل لان في
المن بالارض ابطال حق الغانمين على قولكم او مالكهم على قولي فلا يجوز للامام ذلك بلا بدل يعادله والخراج
لا يعادل لقلته بالنسبة الى رقبة الارض بخلاف الرقاب لان للامام ان يبطل حقهم راسا بالقتل والحجة
عليه ما روينا في فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد
الاجماع بمخالفة بلال ومن معه اجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل ان عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك
لما دعي على المخالف ولان فيه نظرا للمسلمين لانهم يصيرون كالاكرة العاملة للمسلمين العالمة بوجوه الزراعة
مع ارتفاع المؤن عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى مع انه يحظى به الذين ياتون من بعدهم
فيحصل عموم النفع للمسلمين والخراج وان قل حالا فقد جل مالا فربما يحصل على طول الزمان اضعاف قيمة
الارض منه **قوله** وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم يعني اذا لم يسلموا لانه عليه الصلاة والسلام
قد قتل من الاسارى اذ لا شك في قتله عقبة بن ابي معيط من اسارى بدر والنضر بن الحرث الذي قالت
فيه اخته قتيلة الابيات التي منها • يا راكبا ان الاثيل مظنة • من صبح خامسة وانت موفق • ابلغ بها
ميتا بان تحية • ما ان تزال بها الركائب تخفق • مني اليك وعبرة مسفوحة • جادت بواكفها واخرى تخنق •
ما كان ضرك لو مننت وربما • من الفتى وهو المغيظ المحنق • وطعيمة بن عدي وهو اخو المطعم
ابن عدي • واما ما قال هشيم انه قتل المطعم بن عدي فغلط بلا شك وكيف وهو عليه السلام يقول
لو كان المطعم بن عدي حيا لشفعته في هؤلاء النتنى ولان في قتلهم حسم مادة الفساد الكائن منهم بالكلية
وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام ولهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة
ان يقتل اسيرا بنفسه لان الراي فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين في استرقاقه فليس له ان يقتاته

عليه وعلى هذا فلو قتل بلا ملجئ بان خاف القاتل شر الاسير كان له ان يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن
يضمن بقتله شيا وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين لما بينا ان عمر فعل ذلك في اهل السواد وقوله الا مشركي
العرب والمرتدين يعني اذا اسروا فان الكلام في الاساري ويتحقق الاسر في المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا
على ما نبين ان شاء الله تعالى في باب الجزية من انه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام او السيف
فان اسلم الاساري بعد الاسر لا يقتلهم لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم
لان الاسلام لا ينافي الرق جزاء على الكفر الاصلي وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربي
غير المشرك من العرب بخلاف ما لو اسلموا قبل الاخذ لا يسترقون ويكونون احرارا لانه اسلام قبل انعقاد
سبب الملك فيهم **قوله** ولا يفادى بالاساري عند ابي حنيفة هذا احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدوري
وصاحب الهداية وعن ابي حنيفة انه يفادي بهم كقول ابي يوسف ومحمد والشافعي ومالك واحمد الا بالنساء
فانه لا يجوز المفادات بهن عندهم ومنع احمد المفادات بصبيانهم وروي انه عليه الصلاة والسلام فعل
ذلك وهذه رواية السير الكبير قيل وهو اظهر الروايتين عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف تجوز المفادات
بالاساري قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه رواية الكتاب ما ذكر ان فيه معونة الكفرة
لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه من استنقاذ المسلم لانه اذا بقي في ايديهم كان ابتلاء في حقه فقط
والضرر بدفع اسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة ان تخليص المسلم
اولى من قتل الكافر للانتفاع لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذي يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه
ظاهر المسلم الذي يخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ثم تبقى
فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة فلا ينبغي زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم اخرج مسلم في صحيحه وابو داود والترمذي عن عمران بن الحصين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين واخرج مسلم ايضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن ابيه خرجنا مع ابي بكر امره
علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ان قال فلقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم في السوق فقال لي يا سلمة
هب لي المراة لله ابوك اعني التي كان ابو بكر نفله اياها فقلت هي لك والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله
صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا اسروا بمكة الا ان هذا يخالف رايهم فانهم لا يفادون
بالنساء وينبغي الاول **قوله** اما المفاداة بمال ياخذه منهم لا يجوز في المشهور من المذهب لما بينا في المفادات
بالمسلمين من رده حربا علينا وفي السير الكبير انه لا باس اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باساري بدر اذ لا
شك في احتياج المسلمين بل في شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن محمل المفاداة الكائنة في بدر بالمال وقد انزل الله
في شان تلك المفاداة من العتب بقوله ما كان لنبي ان يكون له اسرى حتى يثخن في الارض اي يقتل اعداء الله
من الارض فيغنيهم عنها تريدون عرض الدنيا والله يريد الاخرة وقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق وهو ان لا
يعذب احدا قبل النهي ولم يكن نهاهم لمسكم فيما اخذتم من الغنائم والاساري عذاب عظيم ثم احلها الله لهم
رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا اي للمجموع من الفدا وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك
انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك انه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفي رده تكثير المحاربين
لاجل غرض دنيوي وفي الكشاف وغيره ان عمر رضي الله عنه كان اشار بقتلهم وابو بكر باخذ الفدا تقويا وربما
ان يسلموا فان قال وروي انهم لما اخذوا الفدا انزلت الاية فدخل عمر رضي الله عنه عليه عليه السلام فاذا هو وابو بكر

يبكيان فسأله فقال ابكي على اصحابك في اخذهم الفدا لقد عرض علي عذابهم ادنى من هذه الشجرة قال وروي
انه عليه السلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجى منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان في القتل احب
الي والله اعلم بذلك **قوله** ولو اسلم الاسير وهو في ايدينا لا يفادى لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو
مامون على اسلامه فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير اضرار لمسلم اخر **قوله** ولا يجوز المن على الاساري وهو
ان يطلقهم الى دار الحرب بغير شيء خلافا للشافعي اذا راى الامام ذلك وبقولنا قال مالك واحمد وجه قول الشافعي
قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه السلام من على جماعة من اسرى بدر منهم العاص بن ابي الربيع
على ما ذكره ابن اسحق بسنده وابو داود من طريقه الى عائشة لما بعث اهل مكة في فداء اسراهم بعثت زينب ابنة
رسول الله صلى الله عليه وسلم في فداء ابي العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضي الله عنها ادخلتها
بها على ابي العاص حين بنى عليها فلما راى النبي صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه
ان رايتم ان تطلقوا لها اسيرها وتردوا عليها الذي لها فافعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان
النبي صلى الله عليه وسلم قد اخذ عليه ان يخلي زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق ان ممن من عليه المطلب بن حنطب
اسره ابو ايوب الانصاري فخلى سبيله وابو عزة الجمحي كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم
فمن عليه واخذ عليه ان لا يظاهر عليه احدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بابيات ثم قدم مع المشركين
في احد فاسر فقال يا رسول الله اقلني فقال عليه السلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا
مرتين ثم امر بضرب عنقه ويكفي ما ثبت في صحيح البخاري رحمه الله من قوله عليه السلام في اسارى بدر لو
كان المطعم بن عدي حيا ثم كلمني في هولاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح هذا لا يثبت المن لان لو لامتناع
الشيء لامتناع غيره يعني فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له ادنى بصر بالكلام ان التركيب اخبار بانه لو كلمه
لتركهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد اخبر بانه يطلقهم لو ساله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير
لا يثبت منه الا وهو جائز وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفي جوازه شرعا وهو المطلوب واجاب
المصنف بانه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضي عدم جواز المن وهي اخر سورة
نزلت في هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك في حق غير الاساري بدليل جواز
الاسترقاق فيه فيعلم ان القتل المامور حتما في حق غيرهم **قوله** واذا اراد الامام العود ومعه مواشي
اي مواشي اهل الحرب فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها كما نقل عن مالك لما فيه
من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن ابي طالب رضي الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح في تلك الوقعة
فخشي ان ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة او علمه
بها ولا يتركها لهم وقال الشافعي يتركها لانه عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لماكله قلنا هذا غريب لانه
لم يعرف عنه عليه السلام نعم روي من قول ابي بكر رضي الله عنه نفسه رواه مالك في موطايه عن يحيى بن سعيد
ان ابا بكر رضي الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن ابي سفيان فقال اني اوصيك بعشر لا تقتلن
صبيا ولا امراة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لماكله ولا تخربن
عامرا ولا تحرقن ولا تغرقن ولا تجبن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا ايس الفتح وصيرورة البلاد دار
اسلام وكان ذلك هو المستمر في بعوث ابي بكر وعمر لما عناه كان ذلك قد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم
انه اذا كان ذلك فلا يغرق ولا يخرب لانه اتلاف مال المسلمين الا ترى الى قوله ولا تحرق وهو رضي الله عنه

قد علم قوله عليه الصلاة والسلام اغز على ابنى صباحا ثم حرق بقي مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز
لانه غرض صحيح ولا غرض اصح من كسر شوكتهم وتعريضهم على الهلكة والموت وانما تحرق فانقطع منفعته عن الكفار
وصار كتخريب البنيان والتحريق لهذا الغرض الكريم بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهي عنه وفيه احاديث كثيرة
منها حديث البخاري عن ابي هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا
وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما
ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله
البيهقي وذكر السبب انهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه
الصلاة والسلام حتى القت ما في بطنها والقصة مفصلة عن ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخاري
ايضا تحريق علي رضي الله عنه الزنادقة الذين اتي بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت انا لم احرقهم لنهي رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه
واخرج البزار في مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ام الدرداء رضي الله عنهما فاخذت برغوثا
فالقيته في النار فقالت سمعت ابا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار
هذا وتحرق الاسلحة ايضا وما لا يحترق منها كالحديد يدفن في موضع لا تقف عليه الكفار ابطالا للمنفعة
عليهم وما في فتاوى الولوالجي يترك النسا والصبيان في ارض غامرة اي خربة حتى يموتوا جوعا كيلا يعودوا حربا علينا
لان النسا بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو اشد من القتل الذي نهي
عنه النبي صلى الله عليه وسلم في النسا والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا اسارى بعد الاستيلاء
وقد اوصى النبي صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب اخي بني عبد الدار ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم حين اقبل بالاسارى فرقهم بين اصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا قال ابو عزيز
مر بي اخي مصعب بن عمير ورجل من الانصار ياسرني فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت في
رهط من الانصار حين اقبلوا بي من بدر فكانوا اذا قدموا غداهم وعشاهم خصوني بالخبز واكلوا التمر لوصية
رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما تقع في يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحني بها قال فاستحيي فاردها
على احدهم فيردها علي ما يمسها فكيف يجوز ان يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيكون
ضرورة والله اعلم **قوله** ولا تقسم غنيمة في دار الحرب حتى يخرج الى دار الاسلام وقال الشافعي لا باس بذلك
اذا انهزم الكفار وعن ابي يوسف رحمه الله الاحب الي ان لا يقسمها حتى يحرزها ذكره الكرخي وعنه ان لم يكن مع
الامام حمولة يحملها عليه يقسمها في دار الحرب واصله ان الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام
عندنا وعنده يثبت بالهزيمة ويلزمه ان قسمة الامام هناك لا تفيد ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فانه امضى
القضا في فصل مجتهد فيه او كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى واعلم ان ابا حنيفة مذهبه ان الملك
يثبت للغانم باحد امرين اما بالقسم حيث ما كانت او باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت
للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم في دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام
ملك لاحد بل يتاكد ولهذا لو اعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك
مشترك عتق لعتق الشريك ويجري فيه ما عرف في عتق الشريك ويخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطي
بعض الغانمين في دار الحرب واحدة من السبي فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لا لو وطئ جارية مشتركة

بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت مما اختصه من
الغنيمة اخذها والا اخذها وكل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا حد
لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز
بدار الاسلام قبل القسمة عندنا وان تاكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد
قيام الملك في المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له
هناك تملك الجارية بدون راي الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات او العرافة فوقعت جارية بين اهل
راية صح استيلاد احدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين اهل تلك الرايات والعرافة شركة
ملك وعتق احد الشركا نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة اما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة
لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة او اقل وقيل اربعون وفيه اقوال اخرى قال في
المبسوط والاولى ان لا يوقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة
يجوز عندهم لا عندنا مبني على ذلك ايضا ومنها لو مات بعض الغزاة او قتل في دار الحرب لا يورث سهمه
عندنا ويورث عنده بناء على التاكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتاكد يكفي للارث الا ترى انا
نقول انه يورث اذا مات في دار الاسلام قبل القسمة للتاكد لا الملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا
لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف
الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام في دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما اتلف من الغنيمة
قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم في بيت المال والشافعية ان منعوا الثاني
لم يمنعوا الاول ومنها لو لحق المدد في دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتاكد وعدمه
فاما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو اسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام
لا يعتق وكذا ارباب الاموال اذا اسلموا بعد اخذها قبل الاحراز لا يملكون شيئا منها بل هم من جملة الغزاة
في القسمة والاستحقاق بسبب الشركة في الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره في النهاية ومعناه
اذا لم يوخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون في الغنيمة كالمدد وفي التحفة
لو اتلف واحد من الغزاة شيئا من الغنيمة لا يضمن عندنا قال وبعد الاحراز بدار الاسلام يتاكد حق الملك
ويستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون
ويضمن المتلف وهذا المذكور في التحفة مناسب مع ما في المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ
ويتاكد بالاحراز ويملك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتاكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ وما دام
الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف في المبيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعي بان
سبب الملك يتم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء
على مال المباح فيملكه الا سبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما في الصيد والحطب ولانه عليه السلام
قسم غنائم حنين وبني المصطلق واوطاس في ديارهم ولنا منع ان السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة
اي قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه ما دام في دار الحرب لان الظهور
عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد الا ترى ان الدار مضافة اليهم فدل انه مقهور ما دام فيها نوع من القهر
بدليل ان له ان يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه

دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفي
القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه في العين كان ذلك عوضا عن نصيبه في الباقي بخلاف ما اذا
خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان في دار الحرب وكذا المراة المراغمة
تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه السلام في عبيد الطايف هم عتقاء الله ولان ذلك يد على نفسه
ويكفي فيه امتناعه ظاهرا في الحال وقال تعالى يا ايها الذين امنوا اذا جاءكم المومنات مهاجرات الى قوله
فلا ترجعوهن الى الكفار الاية وقسمة النبي عليه الصلاة والسلام غنايم حنين كان بعد منصرفه الى
الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام لان مكة فتحت وارض حنين وبني المصطلق بعد فتح مكة واجري
احكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وثبوت الامن للمقيم من المسلمين
فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وانت اذا علمت ان الخلاف لم يكن قبل
بل الاتفاق على ان الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل في ان القسمة هل توجب الملك في دار الحرب
امكنك ان تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعي انه لا مانع من صحتها في دار الحرب لتمام
الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا بعد تمامه
وهو في دار الاسلام واعلم ان القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز
اما اذا قسم في دار الحرب مجتهدا فلا شك في الجواز وثبوت الاحكام واما الحديث الذي ذكره وهو انه
عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا في ان الخلاف في عدم
جواز القسمة قبل الاحراز او في كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطي
ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون في امر الحرب
وربما يتفرقون فربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى في غير المنهي عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف
هي كراهة تنزيه عند محمد فالافضل ان لا يقسم في دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا في دار
الاسلام والافعال المتفقة في الاوقات المختلفة لا تكون الا لداع هي كراهة خلافه او بطلانه والكراهة
ادنى فحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان في المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم
الا ما يروى عن ابي يوسف وهذا لان المسايل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز
مثل ما ياتي من ان من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وانه لا يباع من ذلك العلف ونحوه شي
ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة
بقوله لان دليل البطلان اي بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا انه تقاعد عن سلب
الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين
الراجح والمرجوح الكراهة كما في سور الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد
فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح واذا كان الراجح دليل البطلان تعين
الحكم بالبطلان عند المجتهد الذي ترجح عنده وكون له مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد
النزول عن مقتضاه والا فكل خلاف فيه من المسايل كذلك واذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات
الكراهة والتحقيق في سور الهرة ان الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها النجاسة لان دليل حرمة اللحم
الموجب لنجاسة السور عارضه شدة المخالطة ورجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعي يحتاج خصوص

الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة اما اذا
تحققت لهم في دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها في دار الحرب قوله والردء اي العون والمقاتل
اي المباشر للقتال مع الكفار وكذا امير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد على آخر بشيء وهذا بلا خلاف
لاستواء الكل في سبب الاستحقاق وستبين سببه فيما ياتي ان شاء الله تعالى قوله واذا لحقهم المدد
في دار الحرب قبل ان يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم اي المدد فيها وعن الشافعي فيه قولان وما
ذكرناه بناء على ما مهدناه من ان الملك لا يتم للغانمين قبل احراز القسمة بدار الاسلام فجاز ان شاركهم
المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق المدد الا بثلاثة امور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب
وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد وهذا على ما حققناه المبني على تاكد الحق وعدمه واما استدلال الشافعي
من صحيح البخاري عن ابي هريرة رضي الله عنه بعث عليه الصلاة والسلام ابانا على سرية قبل نجد فقدم ابان واصحابه
على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما افتتحها الى ان قال فلم يقسم لهم فلا دليل فيه لان وصول
المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار اسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الاسلام
واما اسهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم
ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه انا واخوان لي انا اصغرهم احدهما ابو بردة والاخر ابو رهم في بضع
وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافقنا جعفر بن ابي طالب واصحابه عنده
فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وامرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا
فوافقنا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فاسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا لاصحاب
سفينتنا فقال ابن حبان في صحيحه انما اعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن
الا ترى انه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على انهم شهدوا قبل حوز الغنايم خلاف مذهبهم
فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز او بعده بعد كونه بعد الفتح قوله ولا
حق لاهل سوق العسكر اي في الغنيمة لا سهم ولا رضخ الا ان يقاتلوا فحينئذ يستحقون السهم وبه قال
مالك واحمد والشافعي في قول لان احدهما كقولنا والاخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روي عنه عليه السلام
انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة والصحيح انه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ذكره ابن ابي شيبة في مصنفه
ثنا وكيع ثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان اهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم اهل الكوفة
وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنهم فظهروا فاراد اهل البصرة ان لا يقسموا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم
ايها الاجدع تريد ان تشاركنا في غنايمنا وكانت اذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
خير اذني سببت ثم كتب الى عمر فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي قال وهو
صحيح من قول عمر واخرج ابن عدي عن علي الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز
تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الاخرين منا وبه ان شهد على قصد القتال والوقعة
هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال والوقعة هي
القتال انما يعرف باحد امرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا للغير ثم المحافظة على ذلك القصد ظاهر
وهذا هو السبب الظاهر الذي ينبني عليه الحكم واما حقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهرا للغير كالسوقي
وسايس الدواب فان خروجه ظاهرا للغير فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال كما اذا قاتل

ظهر انه قصده غير انه ضم اليه شيا اخر كالتجارة في الحج لا ينقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا فرع
ما لو اسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل ان يخرجوا شاركوهم فيها وفي كل ما
يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد اصابوا غنايم لا يشاركهم
الا ان يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من لحوقه بهم
الغزاة فلا يستحق الا ان يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حين اذ يتبين انه قصد بالحاقه بهم القتال وكذا من
اسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر
ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم **قوله** واذا لم يكن للامام حمولة يقسم الحاصل ما تحمل عليه من بعير وفرس
وغيره يقسمها بينهم قبل قسمة الغنيمة بدار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بلا اجبار دفع
وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام ويستردها فيقسمها ثم على هذا تكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك
في السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا بطيب من نفسه فهو كمن نفقت دابته في دار الاسلام
ومع رفيقه دابة ليس له ان يحمل عليها كرها باجر المثل ابتدا وقوله لانه ابتدا اجارة اي من كل وجه
احتراز عن مثل ما اذا انقضت مدة اجارة السفينة وسط البحر او البعير في البرية فانه تنعقد بينهما اجارة
باجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعته راجعة
اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه انه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف
قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانها تصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله في
المختصر اي القدوري **قوله** ولا يجوز بيع الغنايم في دار الحرب لعدم الملك وهو المراد بقوله وقد بينا
الاصل فيه وهذا في بيع الغزاة ظاهرا واما بيع الامام لها فذكر الطحاوي انه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه
لا بد ان يكون الامام راى المصلحة في ذلك واقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس او عن البهايم ونحوه وتخفيف
مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا **قوله** ومن مات من
الغانمين تقدم تقريبها على عدم الملك قبل دار الاسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه **قوله** ولا باس
بان يعلف العسكر في دار الحرب ويأكلوا ما وجدوه من الطعام علفا من ضرب فهي معلوفة وعليف والعلف
ما اعتلفه وحاصل ما هنا ان الموجود اما ما يؤكل او لا وما يؤكل اما ما يتداوى به كالهليلج فالثاني ليس لهم استعماله
الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه او انكسر سيفه اما اذا اراد ان يوفر
سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل اثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت
لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون اثر الملك فضلا عن الاستحقاق
بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى الحرب وكذا الثوب
اذا اضره البرد يستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب
والسلاح قسمها حينئذ ولم يذكر محمد قسمة السلاح ولا فرق كما ذكر المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب
واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا اصولها فيستصحبهم الى دار الاسلام
مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده
فضل حمولة على الحمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا واما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا
الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام

ردوا الخيط والمخيط ولا شك انه لو تحقق باحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب
فالمعتبر حقيقة الحاجة واما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيا للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب
والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان الماكولة كالزيت
والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع في البدن كالاكل ويوقحوا الدواب
وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء اي ترقيح خطا كذا في المغرب لكن الاصح
جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرانا على المشايخ وفي الجمهرة رقح
عيشه ترقيحا اذا اصلحه وانشد • يترك ما رقح من عيشه • يعيث فيه همج هامج •
والهمج من الناس الذين لا نظام لهم فالترقيح اعم من التوقيح وكذا ما لا يكون مهيا كالغنم والبقر
فلهم ذبحها واكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى التناول في ذلك
وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الايمة الثلاثة فيجوز لكل
من الغني والفقير تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندي لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم
ويأخذ ما يكفيه ومن معهم من عبيده ونسايه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغي ان يأخذ ما
يكفي الداخل لخدمته لعبده لان نفقته عليه عادة فصار الحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازي
ان يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قايم وهو كونه في دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه
بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذي ذكره المصنف من قوله
عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقي انا علي بن محمد
ابن بشران انا ابو جعفر الرازي ثنا احمد بن حنبل ثنا الواقدي عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس
ابن عبد الرحمن الاشجعي عن ابي سفين عن عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر
كلوا واعلفوا ولا تحملوا واخرجه الواقدي في مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية
السير الكبير واخرج ابو داود عن عبد الله بن ابي اوفى اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجي فياخذ
منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف واخرج البيهقي عن هاني بن كلثوم ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضي الله
عنه انا فتحنا ارضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت ان اتقدم لشيء من ذلك الا بامرك فكتب اليه دع الناس
يعلفون ويأكلون فمن باع شيا بذهب وفضة ففيه خمس لله وسهام المسلمين وهذا دليل ما ذكر في الكتاب من قوله
ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيا ولا يتمولونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة
بين الغانمين استحقاقا **قوله** ومن اسلم منهم ههنا اربع مسايل احدها اسلم الحربي في دار الحرب ولم
يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر في الكتاب من انه احرز نفسه واولاده الصغار وما كان في
يده من المنقولات الى اخر ما سنذكر ثانيها اسلم في دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ما له هناك
فيء الا اولاده الصغار لانه حين اسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف
غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما اودع مسلما او ذميا ليس فيا لان يدهما يد صحيحة على ذلك المال
فكانه في احراز المسلم فيرد عليه وما اودع حربيا ففي ظاهر الرواية فيء وعن ابي حنيفة انه له لان يده محترمة
يده وجه الظاهر انها ليست يدا صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن امواله • وثالثها مستامن اسلم في دار الاسلام
ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فيء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فالطهو

بعد الاستيلاء على مال غير معصوم اما في غير الاولاد فظاهر واما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه
لانقطاع التبعية بتباين الدار فكانوا من جملة الاموال ورابعها دخل المسلم او الذمي دار الحرب بامان واشترى
منهم اموالا واولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل لنا الا الدور والارضين فانها في لا ايديه صحيحة دافعة لاحراز
المسلمين اياها فاما الارضون فالوجه فيها ما سنذكره من قال من عبيده في وامراته الحبلى الحربية وما في بطنها
فيء وودبعته ولو عند حربي له لانه ما دام في دار الحرب فيده عليها • ولنأت الى مسئلة الكتاب قال ومن
اسلم منهم الى اخره قال المصنف معناه في دار الحرب فيده احرازا عما لو اسلم مستامنا في دار الاسلام ثم ظهر
على الدار فان جميع ما خلفه فيها سوى صغاره فيء على ما ذكرناه وهو بعد ذلك اعم من كونه خرج الينا او لم
يخرج والحكم المذكور تخص بما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من ان الذي خرج فظهر على الدار
وهو عندنا لا يعم ان غير بنيه فلابد من تقييده بكل من كونه في دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار حينئذ
يحرز نفسه واولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد واما لم يرقوا
لقوله عليه السلام من اسلم على مال فهو له قال محمد حدثنا الثقة ثنا ابن لهيعة قال ثنا ابو الاسود عن عروة
ابن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اسلم على شيء فهو له واحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور
ثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح • وروى ابو داود عن ابان بن عبد الله بن ابي حازم عن عثمان بن
ابي حازم عن ابيه عن جده صخر بن العيلة انه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى ان قال فدعاه اي النبي
صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم ثم ساقه الى ان قال وسال
نبي الله ماء لبني سليم فانزله اياه واسلم يعني السلميين وساقه الى ان قال فقالوا يا رسول الله اسلمنا واتينا
صخرا ليدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا اسلموا احرزوا دماءهم واموالهم فادفع الى القوم
ماءهم وابان هذا اختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم ياء بعدها باء مثناة
من تحت ويقال ابن ابي العيلة ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه وقوله او وديعة او ودعها
في يد مسلم او ذمي لانه في يد صحيحة محترمة بنصب وديعة ويده اي يد المودع كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره
فيء وما له من زرع قبل ان يحصد لانه تبع الارض وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول ولم يذكروا
خلافا في شروح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال وقيل هذا قول ابي حنيفة
وابي يوسف الاخر وفي قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على ان اليد لا تثبت حقيقة
على العقار عندهما وعند محمد يثبت وحكاه شمس الائمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره لا يصير غنيمة
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف استحسن فاجعل عقاره له لانه ملك محترم له كالمنقول انتهى وحكي
غيره ان عندهما لا يصير فيئا وعند ابي حنيفة هو فيء • ووجه ما ذكر المصنف بقوله ولنا ان العقار في يد اهل
الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار احكام فكانت
يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم اقوى من يد السلطان واهل الدار لانها جعلت
هم غالبة لما في ايديهم وظاهر ما ذكرناه من حديث ابان يشهد لكونه غير فيء فانه قال للصخريين منهم ماء
ان القوم اذا اسلموا احرزوا اموالهم فسماه مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لا نفس الماء لخصوصه
الاتري الى قوله ان النبي انزله اياه والاستدلال بقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم

واموالهم بناء على تسميتها مالا لا في ذلك الحديث لكن قد ضعف ابانا جماعة مع احتمال ان يراد حقيقة الماء
ونزول الارض لاجله قال وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء وان حكم
باسلامه تبعا لخير الابوين دينا خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولهما انه جزؤها فيرق برقها والمسلم
محل للتمليك تبعا لغيره كما لو تزوج امة الغير تكون اولاده مسلمين ارقاء بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية
واولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون لا يتبعونه ولا خلاف في هذا ومن قال من عبيده فهو فيء خلافا للائمة
الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج كونه ماله ولاصحابنا انه لما قاتل والغرض ان سيده مسلم فقد تمرد على
مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال المعنى بالنسبة بالملك
واليد وعن هذا قلنا ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء لارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت
ليست صحيحة ولا محترمة ولان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله
الفقيه ابو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عنده خلافا للائمة الثلاثة لاطلاق الحديث في الفصلين
ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا يكون فيئا فكذا اذا كانت
في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة ان يد الحربي ليست محترمة الا ترى
انها لا تندفع يد الغانمين عن ماله واورد يد المودع الحربي لما قامت يده وجب ان يعمل على الاصل وهو يد
المسلم لا بوصف نفسها كما ان التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء في رفع الحدث فيكون المال معصوما
لعصمة صاحبه اجيب عن اوا بين احدهما ان المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما يعصم تبعا
لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة او حكما مع الاحترام
وكلاهما منتف هنا وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يد الحكمية محترمة وغير المحترمة انما هي
يد الحربي الحقيقية الثاني ان قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكم ان اوجب
العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا يثبت بالشك ويرد على هذا منع انها لم تكن ثابتة بل كانت
معلومة الثبوت من حين اسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة
بالاسلام واما فيما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فقال المصنف هو فيء في قول ابي حنيفة خلافا لهما وقال هكذا
ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع ابي حنيفة وفي بعض النسخ وقالا
لا يكون فيئا الى ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول ابي يوسف مع محمد فلا شك ان هذا تكرار لا معنى
له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها ان يقال وما كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو فيء عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر
فيها قول ابي يوسف مع محمد لان فخر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي او غصبا عند مسلم
او ذمي او ضائعا فهو فيء وهذا قول ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لا يكون فيئا • وكذا في الجامع الصغير
لقاضي خان والتمرتاشي وغيرهما لهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فتبعها ماله وله
انه مال مباح فيملكه بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل معه بسبب اندفاع شره به كما
هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حمل الامانة واباحة التعرض كان لعارض شره فاندفع بالاسلام عاد
الاصل بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك في الاصل وليست في يده حال الغصب
حقيقة ولا حكما فليس في يد احد فلم تثبت العصمة فكان مباحا بخلاف ما لو كان في يد المسلم او الذمي وديعة

فانه يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيا وما نقضه من ان الملك يتم في دار الحرب بالقهر والغلبة كما ذكره
ابو الليث يقتضي ان زوال الملك الي المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا اللهم الا ان يقتصر علي نقصان الملك
بسبب زوال اليد وقوله وليست في يده حكما اتت علي ما قبل الاموال **قوله** اسر العدو عبدا ثم اسلموا فهو لهم
لانه مال اسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جني جناية او اتلف متاعا فلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين
لان حق ولي الجناية في رقبته ولا يبقي بعد زوال ملك المولي الا تري انه لو زال ملكه بالبيع او الهبة لا يبقي
فيه حق ولي الجناية فاما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لماليته فاما
ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم او اصابه المسلمون في غنيمة اي ولو لم يسلموا فاخذه المولي بالقيمة
او الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الي قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت
الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال **قوله** واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة
ولا ياكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة التي كانت في دار الحرب انما كانت باعتبارها ولان الحق
قد تاكد حتي يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام او علف رده الي الغنيمة معناه
اذا لم يكن قسم الغنيمة في دار الحرب بشرطه ولو انتفع بها بعد الاحراز يرد قيمته وهو قول مالك واحمد والشافعي
في قول وعنه انه لا يرده اعتبارا بالمتلصص وهو الواحد الداخل او الاثنان الي دار الحرب اذا اخذ شيا فاخرجه
يختص به قلنا ما يتعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان ابدا
احق قبل الاخراج وبعده واما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قايما وبقيمته ان كانوا باعوه
هذا ان كانوا اغنيا فان كانوا محاويج فقرا انتفعوا به ان كان قايما لانه صار في حكم اللقطة لتعذر الرد علي
الغانمين لتفرقهم وان كانوا انتفعوا به فلا شي عليهم لقيام القيمة مقام الاصل واخذها حكمه

فصل في كيفية القسمة

قيل لما بين احكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفي ان من احكام الغنيمة وجوب قسمها وانما افرد بفصل
علي حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الي غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب الشايع معلوما **قوله**
ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي عين القسمة بين الغانمين ويقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين هذا
قول القدوري فقال المصنف لقوله تعالي فان لله خمسه استثني الخمس اي الله تعالي اخرج الخمس من ثبت
حق الغانمين فيه فكان استثنا معني الاخراج وهو من استثنيت الشي اي زويته لنفسي فهذا يرجع الي قول الله
عز وجل لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو ان يعطي خمسها لليتامي والمساكين
وابناء السبيل علي ما سياتي ويعطي الاربعة الاخماس للغانمين ثم عند ابي حنيفة وزفر للفارس سهمان وللراجل
سهم وعندهما وهو قول مالك والشافعي واحمد واكثر اهل العلم للفارس ثلاثة اسهم لهم ما روي ابن عمر
انه عليه السلام جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري واخرجه الستة الا النسائي وفي مسلم
عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية اسهم للرجل ولفرسه
ثلاثة اسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من اول بالشراح كون المراد من الرجال
الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القايلة قسم خيبر علي ثمانية عشر سهما وكان الرجالة الفا واربع مائة
والخيل مايتين وعن ابن عباس مثله ولان الاستحقاق بالغنا وهو بالمد والفتح الاجزا والكفاية وغنا الفارس
الكرار الحملة علي الاعدا والفرار الكاين للكرة او للنجاة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم انه مقتول ان لم يفر

كيلا يرتكب المنهي عنه في قوله ولا تلقوا بايديكم الي التهلكة والثبات وليس للراجل الا الثبات فاغني في ثلاثة
امور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث عن ابن عباس انه عليه السلام اعطي الفارس
سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا
محمد بن الفضل بن عروان ثنا الحجاج عن ابي صالح عن ابن عباس قال اسهم رسول الله صلي الله عليه وسلم للفارس
ثلاثة اسهم وللراجل سهما واخرجه ايضا من طريق ابن ابي ليلي عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحو في
حديث الخمس من رواية غير واحد من الايمة لكن في هذا احاديث منها ما في ابي داود عن مجمع بن يعقوب بن
مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت ابي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن
جارية الانصاري وكان احد القرا الذين قروا القران قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلي الله عليه
وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس قالوا اوحي الي رسول الله
صلي الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس يوجفون فوجدنا النبي صلي الله عليه وسلم واقفا علي راحلته عند
كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرا عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله افتح هو قال نعم
والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر علي اهل الحديبية فقسمها رسول الله صلي الله عليه وسلم علي ثمانية
عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسماية فيهم ثلثماية فارس فاعطي الفارس سهمين واعطي الراجل سهما قال
ابو داود وهذا وهم انما كانوا مايتي فارس فاعطي الفرس سهمين واعطي صاحبه سهما وقال الشافعي انما
قال فاعطي الفرس سهمين واعطي الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه واعله ابن القطان بالجهل بحال
يعقوب واما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو انه كان يوم بدر علي
فرس يقال له سبحه فاسهم له النبي صلي الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفي سنده الواقدي
واخرج الواقدي ايضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا
فضرب لي بسهم ولفرسي بسهم واخرج ابن مردويه في تفسيره ثنا احمد بن محمد بن السري ثنا المنذر بن محمد ثنا
يحيي بن محمد بن هاني عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عايشة قالت اصاب رسول الله
صلي الله عليه وسلم سبايا بني المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطي الفارس سهمين والراجل سهما
ومنها حديث ابن عمر الذي عارض به المصنف رواه ابن ابي شيبة في مصنفه حدثنا ابو اسامة وابن نمير قال
حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلي الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما انتهي
ومن طريقه رواه الدارقطني وقال قال ابو بكر النيسابوري هذا عندي وهم من ابن ابي شيبة لان احمد بن حنبل
وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن ابي اسامة
خلاف هذا يعني انه اسهم للفارس ثلاثة اسهم ثم اخرجه عن نعيم حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر
عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلي الله عليه وسلم انه اسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك ان نعيما ثقة
وابن المبارك من اثبت الناس واخرجه ايضا عن يونس بن عبد الاعلي حدثنا ابن وهب اخبرني عبيد الله بن عمر
عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه
ابن ابي مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمري ورواه القعنبي عن العمري بالشك في الفارس او
الفرس ثم اخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد بن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان النبي
صلي الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد بن حماد وممن روي حديث

عبد الله متعارضا الكرخي لكن رواية السهمين عنه اثبت وروى الدارقطني ايضا في كتابه المؤتلف والمختلف
حدثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزي ومحمد بن علي بن ابي رويه قالا حدثنا احمد بن الجناد حدثنا يونس بن بكير
عن عبد الرحمن بن امين عن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض
في حديث ابن عمر بل في فعله مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر ايضا ترجح النفي بالاصل وهو عدم
الوجوب وبالمعنى وهو ان الكر والفر جنس واحد فيهما اثنان للفارس وللراجل احدهما فله ضعف ماله ولان
الزيادة ليست الا بالزيادة في الغناء ضرورة واذا تعذر معرفة الزيادة في القتال حقيقة لان كم من راجل
انفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اعناء راجل عن فارس فانما يدار الحكم على سبب ظاهر
وللفارس سببان في الغناء بنفسه وفرسه وللراجل بنفسه فقط فكان على النصف وقول المصنف واذا تعارضت
روايتان ترجح رواية غيره يريد ابن عباس وعلمت ما فيه • فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث
ابن عمر في البخاري فهو اصح • قلنا قدمنا غير مرة ان كون الحديث في كتاب البخاري اصح من حديث اخر في غيره مع
فرض ان رجاله رجال الصحيح او رجال روى عنهم البخاري تحكم محض لا نقول به مع ان الجمع وان كان احدهما
اقوى من الاخر اولى من اهمال الاخر بعد كونه سندا صحيحا على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى
وذكرنا من تابعه واما قوله تعارض فعلاه فيرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو
غير معروف وخطئ من عزاه لابن ابي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله تعارضت روايتا
فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هناك من انه يفيد ان المصير اولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك
به حينئذ يصار الى القول وليس كذلك هذا • واعلم ان مخارج حديث الثلاثة اكثر فانه روي من حديث
ابن عمر واخرجه ابو داود من حديث ابن ابي عمرة عن ابيه والطبراني من حديث ابي رهم وهو مختلف في صحبته
واخرجه ايضا من حديث ابي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد واخرجه اسحق بن راهويه من حديث
ابن عباس وكذا الطبراني وابو عبيد القاسم بن سلام واخرجه احمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير
والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير واخرجه الدارقطني ايضا من حديث جابر واخرجه ايضا
من حديث ابي هريرة واخرجه من حديث ابي حثمة ونحو مع انها لم تسلم من المقال منها ما لا ينافي قول حنيفة لانك
قد علمت ان رواية الثلث محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابي عمرة اتينا رسول الله صلى الله
عليه وسلم اربعة نفر ومعنا فرس لا ينافيه • وكذا حديث احمد انه صلى الله عليه وسلم اعطى الزبير رضي الله عنه
سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى
الفارس منا ثلاثة اسهم واعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في انه ليس امره المستمر والا لقال كان رسول الله
صلى الله عليه وسلم او قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحوه فلما قال غزاة وقد علم انه شهد مع النبي
صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في ان غيرها لم يكن كذلك كما في
رواية الدارقطني لحديث الزبير اعطاني يوم بدر وفي رواية له اخرى عنه يوم خيبر ولا تنافي في ادخال
كونه قسم له ذلك فيهما واما في حديث سهل بن ابي حثمة انه شهد حنينا فاسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي
حديث عبد الله بن ابي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه صلى الله عليه وسلم جعل للفارس
وفرسه ثلاثة اسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي ان ذلك مستمر منه صلى الله عليه وسلم وفي حديث
بني المصطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة واما حديث ابي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم

قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله فلم يصح لانه رواية محمد بن عمران القيسي
اكثر الناس على تضعيفه وتوهينه **قوله** ولا يسهم الا لفرس واحد اذا دخل الحرب بفرسين او اكثر وهذا
قول مالك والشافعي وقال ابو يوسف وهو قول احمد يسهم لفرسين فيعطى خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه
ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن محمد وانما هو في رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روي
انه صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين وهذا روي من حديث ابي عمرة بشير بن عمرو بن محصن قال اسهم رسول الله
صلى الله عليه وسلم لفرسي اربعة اسهم ولي سهما فاخذت خمسة اسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير
واخرجه عبد الرزاق اخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي اخبرنا صالح بن محمد عن مكحول ان الزبير حضر خيبر بفرسين
فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي من مكحول منقطعا
وقال به قال الشافعي في دفعه وهشام اثبت في حديث ابيه الى ان قال واهل المغازي لم يرووا انه
صلى الله عليه وسلم اسهم لفرسين ولم يختلفوا انه صلى الله عليه وسلم حضر خيبر بثلاثة افراس السكب
والظرب والمرتجز ولم ياخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم هشام بن عروة عن ابيه عن عبد الله
ابن الزبير عن الزبير رضي الله عنه قال اعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر اربعة اسهم
سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى • ومن رواية هشام بن عروة ايضا عن يحيى بن عباد
ابن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر للزبير بن العوام باربعة اسهم سهم له
وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا احسن الا ان قوله اهل المغازي لم يرووا انه
اسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع
الزبير يوم خيبر فرسان فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة اسهم • وقال ايضا حدثني يعقوب بن محمد
عن عبد الرحمن بن عبد الله بن ابي صعصعة عن الحارث بن عبد الله بن كعب ان النبي صلى الله عليه وسلم قاد
في خيبر ثلاثة افراس لزاز والظرب والسكب وقاد الزبير بن العوام افراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين
وقاد البراء بن اوس فرسين وقاد ابو عمرة الانصاري فرسين فاسهم صلى الله عليه وسلم لكل من كان له فرسان
خمسة اسهم اربعة لفرسيه وسهما له وما كان اكثر من فرسين لم يسهم الا لفرس واحد واثبت ذلك انه اسهم
لفرس واحد ولم يسمع انه اسهم لنفسه صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد وقال سعيد بن منصور حدثنا
فرج بن فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيدي عن الزهري ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى ابي عبيدة
ابن الجراح ان اسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة ولصاحبهما سهم فذلك خمسة وما كان فوق الفرسين فهو جنائب
وقال سعيد ايضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا
يسهم للرجل فوق فرسين • واما ما ذكره المصنف عن البراء بن اوس انه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله
عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي وذكره ابن منده في كتاب الصحابة
قال روى محمد بن فرس عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن عبد الله
ابن ابي صعصعة عن البراء بن اوس انه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة اسهم
الا ان هذه غرائب • وقال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد • واستمر المصنف على طريقته
حمل الزائد على التنفيل قال كما اعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل حديثه في مسلم قال قدمنا الحديبية
فساق الحديث بطوله الى ان قال فلما اصبحنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم خير فرساننا اليوم ابو قتادة

وخبر رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم اعطاني سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لي جميعا ورواه ابن حبان
وقال كان سلمة في تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسه صلى الله عليه وسلم لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم
ابن سلام وقال وكان سلمة قد استنقذ لقاح النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدي فحدثت به سفيان
فقال خاص بالنبي صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندي اولى من حمله على انه اعطاه من سهمه والا
لم يسم نفلا بل هبة وخبر سلمة واللقاح مفصل في السيرة **قوله** والبراذين وهي خيل العجم واحدها
برذون والعتاق جمع عتيق اي كرم رايع وهي كرام الخيل العربية سواء في القسم فلا يفضل احدهما على الاخر
وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون ابوه من البراذين وامه عربية ولا على المقرف وهو ما
يكون ابوه عربيا وامه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من اهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين وروى فيه
حديثا شاذا وحجتنا فيه ما ذكر في الكتاب من ان اطلاق الخيل يشملها وكذا الارهاب ولان في كل خصوصية
ليست في الاخر فالعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف
وكونه الين عطفا من العربي هو صحيح فان هذا امر مع التعليم والعربي اقبل للادب من العجم من الخيل وكون
احد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمي بعيد ويمكن ان يكون ذكره لما نقل عن عمر رضي الله عنه انه فضل اصحاب
الخيل العربية على المقارف وفي سيرة ابن هشام حدثني ابو عبيدة قال كتب امير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله
الى سلمان بن ربيعة الباهلي وهو بارمينية يامره ان يفضل اصحاب الخيل العراب على اصحاب الخيل المقارف في العطا
فعرض الخيل فمر به فرس عمرو بن معدي كرب فقال له سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين
عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس يعني ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو • اتوعدني كانك ذو رعين • بافضل
عيشة او ذو نواس • وكاين كان قبلك من نعيم • وملك ثابت في الناس راس • قديم عهده من عهد عاد
عظيم قاهر الجبروت قاس • فامسى اهله بادوا وامسى • يحول من اناس في اناس **قوله** ومن دخل دار الحرب
فنفق راسه اي هلك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا في دار الحرب فقاتل
فارسا عليه استحق سهم راجل وجواب الشافعي على عكسه في الفصلين وهكذا روى ابن المبارك في الفصل
الثاني عن ح اي فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا فقاتل عليه ان له سهم فارس وظاهر المذهب الاول والحاصل
ان المعتبر عندنا حالة المجاوزة اي مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب وعنده
حال الحرب له ان السبب في استحقاق الغنيمة اذا هو وجدت قتاله فيعتبر حال الشخص المستحق عنده دون
المجاوزة لانها انما هي وسيلة الى السبب اي العلة الحقيقية كالخروج من البيت بقصد القتال في دار الحرب
فانه وسيلة الى السبب وحالة العاري عنه ذلك بالاتفاق لا يعتبر فكذا عند المجاوزة **و**الدليل
على ان المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبي
او العبد وغيرهما فانهم يستحقون الرضخ فلظهر اعتباره شرعا في حق استحقاق الغنيمة وانه غير متعذر ولو
تعذر او تعسر فبشهود الوقعة لانه اقرب الى القتال من المجاوزة **و**لنا ان المجاوزة نفسها من القتال
لانه يلحقهم الخوف بها والاغاظة والحال بعدها حال القتال الا انه تنوع القتال الى المجاوزة
الى دارهم وساوكها فهزا بالمنعة لاهلا كهم والى حقيقة المسابقة ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف
على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال شغل شاغل لكل احد فيتعذر على الامام
استعلامه بنفسه او بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه في حق افراد قليلة من الناس

كالصبي والعبد فاذا يتيسر في حقهم عليه دون سائر الناس فيقام في حق الكل السبب المفضي الى القتال ظاهرا
مقامه فيكون هو المعتبر في حق العامة واما ما قيل في التعذر بان الشهادة من اهل العسكر لا تقبل
للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على ان هذا قاتل فرسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا
لانه ينتقص سهم نفسه فهو ملزم نفسه اولا الضرر وشركته في اصل المغنم ليست متوقفة على شهادته
هذه الا ترى الى ما في الحديث من قول ابي قتادة من يشهد لي حين جعل صلى الله عليه وسلم السلب للقاتل
في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه • **و**قال صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا عليه بينة ولا بينة
الا اهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزواته صلى الله عليه وسلم ولو دخل فارسا وقاتل راجلا
لضيق المكان او المشجرة ولانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى بر هم فلا قوم قبله
فاقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او وهبه وسلمه او اجره او رهنه
ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه
التصرفات تدل على انه لم يقصد بالمجاوزة بالفرس القتال عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس
هو المجاوزة على قصد القتال عليه لا مطلق المجاوزة • **و**لو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس
بالاتفاق وكذا اذا باعه حالة القتال لا يسقط عند البعض قال المص الاصح انه يسقط لانه ظهر
انه قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصين فبيعه
فيها دليل انه عزله عرض لا ان فيه اما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم ادبه او غير ذلك ولان
العادة لم تجر بالبيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظارا لحالة الرغبات في
الشرا وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره او ضعفه او هزاله لا يستحق سهم الفرسان
وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه • **و**لو جاوز على فرس مغصوب او مستعار او مستاجر
ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية له سهم راجل
ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى ان زاد في اجر السبب بفرس مملوك وهو ممنوع
فانه لو لم يسترده المعين وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا **قوله** ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي
ولا ذمي ولكن يرضخ لهم اي يعطون قليلا من كثير فان الرضيخة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ
لا يبلغ السهم ولكن دونه على حسب ما يرى الامام وسوا قاتل العبد باذن سيده او بغير اذنه والمكاتب
كالعبد لما ذكر في الباب وقد استدل المصنف بان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يسهم الخ واخرج مسلم
كتب نجدة بن عامر الحروري الى ابن عباس يساله عن العبد والمراة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب
اليه ان ليس لهما شي الا ان يحذيا وفي ابي داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحروري الى ابن عباس يساله
عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فانا كتبت كتاب ابن عباس الى نجدة
قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن
واخرج ابو داود والترمذي وصححه عن عمير مولى ابي اللحم قال شهدت خيبر مع سادتي الي ان كلموا
فاخبر اني مملوك فامر لي بشي • **و**اما في ابي داود والنسائي عن حشرج بن زياد عن جدته ام ابيه انها خرجت في غزوة
خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجينا فرايا في وجهه الغضب
فقال مع من خرجتن وباذن من خرجتن فقلنا يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين في سبيل الله و معنا

دوا الجرحى وننا ول السهام ونسقي السويق فقال قد حتى اذا فتح الله عليه خيبر اسهم لنا كما اسهم للرجال
وبه قال الاوزاعي قال الخطابي اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكره غيره انه لجهالة رافع وحشرج
من رواته وقال الطحاوي يحتمل انه صلى الله عليه وسلم استطاب اهل الغنيمة وقال غيره يشبه انه انما
اعطاهن من الخمس الذي يوحضه هذا ويمكن ان يكون كون التشبيه في اصل العطا واراده السهم ما خصص
به والمعنى خصصن بشي كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهولاء الرجال ما منهم سهم الرجال ولا بالفارس سهم
الفرسان لانهم اتباع اصول في التبعية حيث لم يفرض على احد منهم في غير النفير العام في غير الصبي ويزيد
الذمي بانه ليس اهلا له لكون الجهاد عبادة وليس هو من اهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت
بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقي في العسكر والمستاجر لخدمة الغازي اذا قاتلا
حيث يستحقان سهما كاملا ويسقط حصته زمن القتال من اجرة الاجير لانهما من اهل فرضه فلم يكونا تبعا في
حق الحكم بل في السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعي واحمد وفي قول
له وهو رواية عن احمد من اربعة الاخماس وفي قول للشافعي من خمس الخمس وقال مالك من الخمس ثم العبد
انما يرضخ له اذا قاتل وكذا الصبي والذمي لانهم يقدرون على القتال اذا مرض الصبي فادرا عليه فلا يقام
غير القتال في حقهم مقامه بخلاف المراة فانها تعطي بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر وان لم تقاتل لانها
عاجزة عنه فاقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة امانها لثبوت شبهة القتال عنها والامان يثبت بالشبهة
احتياطا فيه ولا يرد اعطا الذمي اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لان ذلك ليس رضخا بل بمقام الاجرة
ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك يزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يستوي في
عمل الجهاد بين من يصح منه ويوجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك لا يبلغ به السهم كما ذكر
المصنف قال والسهم مرفوع البته لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا
على قول الاكثر واما من يجيز اقامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به
وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعي وابن المنذر وجماعة لا يجوزون
ذلك لما في مسلم وغيره عن عايشة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين
يذكر منه جراة ونجدة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع
فلن استعين بمشرك الحديث الى ان قال له في المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب بن اساف قال اتيت
انا ورجل من قومي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله انا نستحي ان يشهد قومنا
مشهدا لا نشهده معهم فقال اسلمتما فقلنا لا فقال انا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا
معه قال فقتلت رجلا وضربني ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا
الوشاح فاقول لا عدمت رجلا عجل اباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان صلى الله
عليه وسلم باليهود على اليهود لم يعطهم شيا من الغنيمة يعني لم يسهم لهم يفيد معارضه هذه الاحاديث
والمنكور في ذلك حديث ابي يوسف انا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول
الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو مضعف واسند الواقدي
الى بعضه قال وخرج الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم اهل خيبر واسهم لهم
كسهمان المسلمين ويقال اخذاهم ولم يسهم لهم واسند الترمذي الى الزهري قال اسهم رسول الله صلى الله

عليه وسلم لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفي سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل
الزهري وقتادة شيا ويقول هي بمنزلة الريح ولا شك ان هذه لا تقاوم احاديث المنع في القوة فكيف
تعارضها وقال الشافعي رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين في غزوة بدر ثم انه صلى الله عليه وسلم استعان
في غزوة خيبر بيهود من بني قينقاع واستعان في غزوة حنين بصفوان بن امية وهو مشرك فالرد ان كان
لاجل انه مخير بين ان يستعين وان يرده كما له رد المسلم لمعنى يخافه فليس واحد من الحديثين مخالفا للاخر
وان كان لاجل انه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا باس بان يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا
طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولا يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اسهم لهم
ولعل رده من رده في غزوة بدر رجا ان يسلم **قوله** فاما الخمس اي الذي يقدم انه يخرجه اولا
فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقرا ذوي القربى فيهم ويقدمون
على غيرهم لان غيرهم من الفقرا متمكنون في اخذ الصدقات وذوي القربى لا تحل لهم هذا راي الكرخي
وسيا في راي الطحاوي اي يدخل فقرا اليتامى من ذوي القربى في سهم اليتامى المذكورين دون اغنيائهم واليتامى
صغير لا اب له والمساكين منهم في سهم المساكين وفقرا ابنا السبيل من ذوي القربى في ابنا السبيل فان قيل
لا فايدة في ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم اجيب بان فايدته دفع توهم
ان اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيا لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله في التاويلات
للشيخ ابي منصور لما كان فقرا ذوي القربى يستحقون بالفقر فلا فايدة في ذكرهم في القران اجاب بان
افهام بعض الناس قد يفضي ان الفقير لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفي التحفة هذه
الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في
الصدقات وقال الشافعي لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه غنيهم وفقيرهم وبقول الشافعي قال
احمد وعند مالك الامر مفوض الى الامام ان شا قسم بينهم وان شا اعطى بعضهم دون بعض وان
شا اعطى غيرهم ان كان امر غيرهم اهم من امرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبني هاشم
وبني المطلب دون غيرهم من القرابات ونحن نوافقه على ان القرابة المرادة هنا تخص بني هاشم وبني المطلب
والخلاف في دخول الغني من ذوي القربى وعدمه وقال المزني والثوري يستوي فيه الذكر والانثى
ويدفع للقاصي والداني وهو ظاهر اطلاق النص له اطلاق قوله تعالى ولذوي القربى بلا فصل
بين الغني والفقير ولان الحكم المعلق بوصف يوجب ان مبدا الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيه بخلاف
اليتامى فانهم يشترطون فيه الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان منبيا
معنى لها بخلاف ذوي القربى لا ينبغي مناسبتها بالمعنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم
موجبا استحقاق هذه الكرامة ولنا ان الخلفا الراشدين قسموه على ثلاثة اسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة
ثم انه لم ينكر عليهم ذلك احد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله
صلى الله عليه وسلم والكلام في اثباته فروى ابو يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس ان الخمس كانت
تقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة اسهم لله وللرسول ولذي القربى سهم ولليتامى سهم
وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم ابو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة اسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم
لابن السبيل وروى الطحاوي عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدي عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق

قال سألت ابا جعفر يعني محمد بن علي فقلت ارايت علي بن ابي طالب حيث ولي العراق وما ولي من امر الناس كيف
صنع في سهم ذوي القربى قال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت وكيف وانتم تقولون ما تقولون
قال اما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال كره والله ان يدعى عليه بخلاف سيرة
ابي بكر وعمر انتهى وكون الخلفا فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه يصح رواية ابي يوسف عن الكلبي فان الكلبي مضعف
عند اهل الحديث الا انه وافق الناس واما الشافعي يقول لا اجماع بمخالفة اهل البيت ونحن نثبت هذا
حكما بانه انما فعله لظهور انه الصواب لانه لم يكن يحل له ان يخالف اجتهاده لاجتهادهما وقد علم انه خالفهما
في اشيا لم يوافق رايه كبيع امهات الاولاد وغير ذلك نحين وافقهما علمنا انه رجع الى رايهما ان كانت عنه انه كان
يرى خلافه وبهذا يندفع مما استدل به الشافعي عن ابي جعفر محمد بن علي قال كان راي علي في الخمس راي اهل بيته
ولكن كره ان يخالف ابا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون اهل البيت لانا نمنع ان فعله كان تقية من ان ينسب اليه
خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين عن حقهم في اعتقاده فلم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل له وكذا
ما روي عن ابن عباس من انه كان يرى ذلك محمول على انه في الاول كذلك ثم رجع فالاخذ بقول الراشدين
بعدم النكير من احد اولا فان قيل لو صح ما ذكرتم لم يكن سهم يستحق لذوي القربى اصلا لان الخلفا لم يعطوهم
وهو الحق وهو مخالف للكتاب ولفعله صلى الله عليه وسلم لانه اعطاهم بلا شبهة اجاب على قول الكرخي
ان الدليل دل ان السهم للفقير منهم لقوله صلى الله عليه وسلم يا معشر بني هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ
غريب وتقدم في الزكاة واسند الطبراني في معجمه ثنا معاذ بن المثنى ثنا مسدد ثنا معتمر بن سليمان وساق السند
الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحارث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله
ان يستعين بكما على صدقات فاتيا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبراه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت
من الصدقات شي ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن ابي حاتم في تفسيره
ثنا ابي ثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي ثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت عن غسالة ايدي الناس ان لكم من
خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين في كون العوض انما
يثبت في حق من هو المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي ان المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقرا ذوي القربى فيقتضي
اعتقاد استحقاق فقرائهم او كونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفا الراشدين اياهم
مطلقا كما هو ظاهر ما روينا انهم لم يعطوا ذوي القربى شيا من غير استثنا فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه صلى الله عليه
وسلم الاغنيا منهم كما روي انه اعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المص والنبي صلى الله عليه وسلم
اعطاهم للنصرة الى اخره يدفع السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الحاصل حينئذ ان
القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وكان لا يخص الفقير منهم ومن الاغنيا من تاخر بعده صلى الله عليه وسلم
كالعباس فكان يجب على الخلفا ان يعطوهم وهو خلاف ما نقلتم عنه انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في
الثلاثة ويعكر ما سيرويه في تصحيح قول الكرخي ان عمر رضي الله عنه اعطى الفقرا منهم سهما مع انه لم يعرف اعطا
عمر بقيد الفقر مرويا بل المروي في ذلك ما في ابي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير بن مطعم ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيا كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان
ابو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير انه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم
كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن بعده واخرج ابو داود ايضا عن عبد الرحمن

ابن ابي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت انا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت
يا رسول الله ان رايت ان توليني حقنا في هذا الخمس في كتاب الله اقسمه حياتك كيلا ينازعني احد بعدك فافعل
فقال نفعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية ابي بكر حتى كان اخر سنة من سني عمر اتاه
مال كثير فعزل حقنا ثم ارسله الي فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه
احد بعد عمر فلقيت العباس بعدما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيا لا يرد علينا وكان رجلا
داهيا فليس فيه تقييد الاعطا بفقر المعطي منهم وكيف والعباس كان ممن يعطي ولم يتصف بالفقر مع ان الحافظ المنذري
ضعف هذا فقال في حديث جبير بن مطعم ان ابا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي انه قسم لهم وحديث جبير
صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب ان يعول عليه على اعتقاد ان الراشدين لم يعطوا ذوي القربى ان ذوي
القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده صلى الله عليه وسلم وذلك ان
القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده صلى الله عليه وسلم وكان يجب ان يعطوهم
فلما لم يعطوهم كان المراد بيان انهم مصارف اي ان كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على جنس واحد
كان يعطي تمام الخمس لابنا السبيل كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين ان يصرفوه الى غيرهم خصوصا وقد راوهم
اغنيا متمولين اذ ذاك وراوا صرفه الى غيرهم انفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي ان يقدم على الفقرا
كما قدمناه ويندفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة بمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله
لان الجهاد حقه اضافه اليهم لا حق لزمنا اداؤه طاعة له ليصير وسخا ويدل على بطلانه انه صلى الله عليه وسلم
صرفه لهم في حيوته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا ان مقتضاه كون الغني من ذوي القربى
مصرفا غير ان الخلفا لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح
الصرف اليه واجزا لان الصرف من حيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك
هنا واما انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في ابي داود
وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال اخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى
الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان
ابن عفان حتى اتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلا بنو هاشم لا ينكر فضلهم للموضع الذي
وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وقرابتنا واحدة فقال صلى الله عليه وسلم انا وبني
المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شي واحد وشبك بين اصابعه اشار بهذا الى نصرتهم
اياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس المراد ذاك نصرة قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب
حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وان لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة شهيرة وعن هذا استحقت
ذراريهم مع ان هذا لا ينافي منهم فقال وشرح قوله قرابتنا واحدة انه صلى الله عليه وسلم محمد بن عبد الله
ابن هاشم بن عبد مناف وهذا الجامع عبد مناف له اولاد هاشم الذي من ذريته النبي صلى الله عليه
وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه صلى الله عليه وسلم
واحدة فيقتضي استحقاق ذوي القربى ان يستحق الكل على قول الشافعي او يكون فقرا الكل مصارف على قولنا
فبين صلى الله عليه وسلم ان المراد القرابة التي يتحقق منها النصرة السابقة ومنع الراشدين لم يعرف جا على
علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف وراوا غيرهم اولى منهم على ما ذكرنا قوله فاما ذكر الله تعالى الخ

لما فرغ من بيان سهم ذوي القربى شرع في بيان سهم الله وسهم الرسول فذكر ان سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس
المراد من قوله تعالى فان لله خمسه ولكن وكذا ان له تعالى سهما كما لكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى في افتتاح
الكلام للتبرك به بذكر اسمه تعالى فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله ورسوله واحد وقال ابو العالية
سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيت الكعبة ان كانت قريبة والا فالى مسجد كل بلدة فيها الخمس ودفعه بان السلف
فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رواه الطبراني في تفسيره عن ابي كريب حدثنا احمد
ابن يونس حدثنا ابو شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس انه قرا واعلموا انما غنمتم من شيء فان
لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي الحنفية فيه
قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والاخرة وفي غيره حديث عن ابن عباس كان صلى الله عليه وسلم اذا بعث
سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القايل يكون في ستة **قوله** وسهم
النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته ولا رسول
بعده والصفي كان شيا يصطفيه لنفسه من الغنيمة من درع وسيف او جارية قبل القسمة واخراج الخمس
كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حتى اتى به علي رضي الله عنه بعد ان قتل منبها ثم دفعه اليه
وكما اصطفى صفية بنت حيي بن اخطب من غنيمة خيبر رواه ابو داود في سننه عن عايشة والحاكم وصححه وقال
الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المصنف والحجة
عليه ما قدمناه اي من ان الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلثة فلو كان كما ذكر لقسموه على اربعة ورفعوا
سهمه لانفسهم ولم ينقل ذلك عن احد وايضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدا الاشتقاق علة
وهو الرسالة• واما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم ما يعني فيه وقوله كانوا يستحقونه
في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لما روينا يعني بما تقدم من حديث جبير بن مطعم وبعده بالفقر لا
يخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى اما ان يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة في الضيق والمؤانسة
فيه فيكون المصارف مطلقا في الحيوة وبعد الممات واما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك اي في حيوته وبعد
مماته فليس الوجه فيه الا ما قدمناه من انه اريد ان القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير انه صلى الله عليه وسلم
اعطاهم اختيار الاحد الجايزين له لا ان الصرف اليهم كان واجبا عليه كما يجوز ان يقتصر على مصرف دون مصرف
ثم راى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم• وكما فقراؤهم فالاولى ان يعطوا لما قدمناه وما هو الحق في التقرير
وانما قال وقيل هو الصحيح اي قول الكرخي لان من المشايخ كشمس الايمة من رجح قول الطحاوي عليه غير ان توجيهه
بان عمر رضي الله عنه اعطى الفقراء منهم فيه ما تقدم وقوله والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنيا
يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء **قوله** واذا دخل الواحد
او الاثنان دار الحرب مغيرين جمعه نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى ان الكلام ايضا في قوله فاخذوا يمكن
كونه تنبيها على ان الثلاثة ايضا اي اذا دخل واحد او اثنان او ثلثة بغير اذن الامام فاخذوا شيا
لم يخمس وقد صرح بان الثلاثة كالواحد واما الاربعة فيخمس وفي المحيط عن ابي يوسف انه قدر الجماعة
التي لا منعة لها بسبعة والتي لها منعة بعشرة ومذهب الشافعي ومالك واكثر اهل العلم انه يخمس ما اخذه
الواحد تخصيصا لانه مال الحربي اخذه قهرا وكان غنيمة فيخمس النص وعن احمد في رواية عنه يمنع انه
يسمى غنيمة بل الغنيمة ما اخذه قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذا المتلصص انما ياخذه بحيلة فكان هذا

اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو غنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا
عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث اذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة
الذين لهم منعة كالاربعة او كالعشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا
مع نصرة الامام متلصصين وكان الماخوذ قهرا غنيمة وخذله خذلانا اذا ترك نصره واسلمه •

فصل في التنفيل نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذه بلا ضابط
لانه الى راي الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الفارس فوق سهمه وهو
من النفل وهو الزايد ومنه النافلة للزايد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك ايضا ويقال نفله تنفيلا
ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان **قوله** ولا باس بان ينفل الامام اي يستحب ان ينفل نص عليه في
المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتاكد ما سلف بان قول من قال لفظ
لا باس انما يقال لما تركه اولى ليس على عمومه واعلم ان التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا ينحصر في التنفيل
ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره ايضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله فاذا كان التنفيل
احد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان يؤدي الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب
به دون غيره مما يسقط به اولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو في نفسه
بل هو واجب مخير• واما ما قيل في التنفيل ترجيح البعض وتوهين اخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشيء
والا حرم التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل
الاصابة سواء كان بسلب المقتول او غيره ويشكل عليه قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فانه قاله
بعد فراغ الحرب في خيبر **قوله** فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ومن اصاب شيا فهو له او يقول للسرية
قد جعلت لكم النصف او الربع بعد الخمس اما لو قال للعسكر كل ما اخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس او للسرية
لم يجز لان فيه ابطال السهمان التي اوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما اصبتم
فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره في السير الكبير وبهذا بعينه يبطل ما ذكرنا
من قوله من اصاب شيا فهو له لا محال اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالتسوية بل وزيادة
حرمان من لم يصب شيا اصلا بانتهابه فهو اولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشي وبه ايضا ينتفي ما
ذكر من قوله انه لو نفل بجميع الماخوذ جاز اذا راى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين واثارة الفتنة
ولا ينفل بجميع الماخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا راى المصلحة فيه ثم محل التنفيل
اربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال احمد وعند مالك
والشافعي لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى راي الامام وما بقي للغانمين قلنا انما يتحتم بعد الاصابة اما
قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق
التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام في دار الحرب
الا انه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع في دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له ان ينفل الا من الخمس
لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام **قوله** لانه لا حق للغانمين في الخمس اورد عليه انه ان لم يكن
حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم اجيب انما يجوز
باعتبار جعل المنفل له من احد الاصناف الثلثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا انهم مصارف

وَلهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام ان يضعه في الغني ويجعل نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين
لا الاغنيا فجعله للاغنيا ابطال حقهم **قوله** واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل
وغيره سوا وهو قول مالك وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من اهل ان يسهم له وبه قال احمد الا انه
قال اذا كان من اهل السهم او الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا وله فيمن يرضخ قولان احدهما كقول احمد
والثاني لا سلب له وشرطا ان يقتله مقبلا لا مدبرا وان لا يرمي سهما الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله
لان ذلك ليس غناء كبيرا اذ كل احد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث ابي قتادة خرجنا
مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى خيبر فساقه الى ان قال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل
قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم ما لك يا ابا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني فصله قتله للقتيل
فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال ابو بكر
الصديق رضي الله عنه لاهاء الله اذن لا يعمد الى اسد من اسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك
سلبه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق فاعطه اياه فقال فاعطانيه • واخرج ابو داود
في سننه عن انس بن مالك ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل
ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف
في انه صلى الله عليه وسلم قال ذلك وانما الكلام ان هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال
وكان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة وغيرها لخصها لعينه هو نصب الشرع لانه الاصل في قوله
لانه انما بعث لذلك وقلنا كونه تنفيلا هو ايضا من نصب الشرع والدلالة على انه على الخصوص واستدل
المصنف على ذلك بانه صلى الله عليه وسلم قال لحبيب بن ابي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به
نفس امامك فكان دليلا على احد محتمل قوله من قتل قتيلا فله سلبه وهو انه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب
الشرع وهو حسن لو صح الحديث او حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط بلغ حبيب بن ابي
مسلمة ان بنده صاحب قبرص خرج يريد طريق اذربيجان ومعه زمرد وياقوت ولولو وغيرها فخرج
اليه فقتله فجاء بما معه فاراد ابو عبيدة رضي الله عنه ان يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمني
رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمرو بن واقد ورواه
اسحق بن راهويه ثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن امية قال كنا معسكرين بدابق
فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري الى ان قال فجاء بسلبه يحمله على خمسة ابغال من الديباج والياقوت والزبرجد
فاراد حبيب ان ياخذه كله وابو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال ابو عبيدة انه لم يقل ذلك للابد وسمع معاذ ذلك فاتى ابا عبيدة
وحبيب يخاصمه فقال له معاذ الا تتقي الله وتاخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك
وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رايهم على ذلك فاعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف
دينار • وفيه كما ترى مجهول وغلط المصنف انه جعل خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك
وسماه حبيب بن ابي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نستانس به لاحد محتمل اللفظ

روي عنه صلى الله عليه وسلم وقد بينا بدءا ما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل
ابي جهل يوم بدر فان فيه انه صلى الله عليه وسلم قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفرا بعد ما راى
سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما
الا ان النهي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي منها ما شا وقد قسم
لجماعة لم يحضروا ثم نزلت اية الغنيمة بعد بدر فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلب للقاتل
واستقر الامر على ذلك انتهى يعني ما كان اذ ذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال • وقد يدعي
انه قال في بدر ايضا على ما اخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس
وعن عطا ابن عجلان عن عكرمة قال قال صلى الله عليه وسلم يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء
ابو اليسر باسيرين فقال سعد بن عبادة اي رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن
بالحيوة ان نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رايناك قد افردت فكرهنا ان ندعك بمضيعة، قال فامرهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يوزعوا تلك الغنايم بينهم فظهر انه حيث قاله ليس نصب الشرع للابد
وهو وان ضعف سنده فقد ثبت انه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في ابي داود ولا شك انه
لم يقل بلفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا انه لم يكن عين دراهم او دنانير
فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها او عدمها فيغلب على الظن ان ذلك المكنى عنه للراوي
هو السلب وما اخذ لانه المعتاد ان يجعل في الحرب للقاتل وليس كما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة
جعله في بدر السلب للقاتل والماخوذ للاخذ فيصح قوله غاية الامر انه تظافرت به احاديث ضعيفة
ما يفيد ان المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه انه ليس نصا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت
طرقه ارتقى الى الحسن فيغلب الظن انه تنفيل في تلك الوقايع ومما يبين ذلك بقية حديث ابي داود فانه قال
بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشايخ الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردا لكم
لو انهزمتم فئتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ويبقى فابى الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
لنا الحديث • فقوله جعله بين ان كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والماخوذ للاخذين وحديث
مسلم وابي داود عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر انه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة مؤتة
ورافقني مددي من اهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس اشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب
فجعل يغري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر وعلاه فقتله وحاز فرسه
وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فاخذ منه سلب الرومي قال عوف فاتيت خالدا
فقلت له يا خالد اما علمت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته
قلت لتردنه او لاعرفنكها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وابى ان يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال صلى الله عليه وسلم يا خالد رد
عليه ما اخذت منه فقال عوف فقلت دونك يا خالد الم اف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك
فاخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل انتم تاركوا لي امرائي لكم
صفوة امرهم وعليهم كدره ففيه امران الاول رد قول من قال انه صلى الله عليه وسلم لم يقل من قتل قتيلا فله
سلبه الا يوم حنين فان مؤتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد انه صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل

قبل ذلك والاخرانه منع خالدا من رده بعدما امره به فقال انه لانه حيث قال صلى الله عليه وسلم كان تنفيلا
وان امره اياه بذلك كان تنفيلا طابت به نفس الامام له ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما
منعه ان يرد على عوف سلبه زجر العوف لئلا يتجرى الناس على الايمة وخالد كان مجتهدا فامضاه صلى الله عليه وسلم
واليسير من الضرر يتحمل لكثير من النفع غلط وذلك لان السلب لم يكن للذي يجرا وهو عوف انما كان للمددي ولا
تزر وازرة وزر اخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعله لكان اشتغل عوف من منع السلب وان زجر
له منه فالوجه انه صلى الله عليه وسلم احب اولا ان يمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منه رد شفاعته
وذلك بمنع السلب لانه يغضبه وسياسته بزجره بمنع حق اخر لم تقع له جناية فهذا ايضا يدل على انه ليس شرعا
عاما لازما **وقوله** وزيادة الغنا جوابا عن تخصيصه بكونه تقتله فقال زيادة الغنا في الجنس الواحد
لا يعتبر موجبة زيادة من المغنم لمن قامت به وقوله كما ذكرنا يعني ما قدمه في اول الفصل كيفية القسمة من انه
تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناهذا في الحرب اكثر من هذا
ولا يكفي زيادة شهرة هذا دون ذلك اذ لا يبعدان يتفق اغنا من غير المشهور في وقت اكثر من المشهور او يشير الى
قوله لان الكر والفر من جنس واحد **قوله** والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وحلي مركبه
من السرج والالة وما معه على الدابة من مال في حقيبته وما على وسطه من ذهب وفضة وما سوى ذلك
مما هو على دابة اخرى او مع غلامه فليس منه بل حق الكل والحقيبة الرفادة في موخر القتب وكل شيء شددته
في موخرة رحلك او رقبتك فقد استحقبته وللشافعي في المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما في وسطه
من نفقته وحقيبته قولان احدهما ليس من السلب وبه كان احمد والاخرانه من السلب وهو قولنا وعن احمد
في برذنه روايتان **قوله** ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فقط واما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام
لما مر من قبل اي في باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ حتى لو قال الامام
من اصاب جارية فهي له ومن اصاب شيئا فهو له فاصابها مسلم فاستبراها لم يحل له وطؤها في دار الحرب وقال
محمد له ان يطاها وهو قول الايمة الثلاثة لانه اختص ملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها في دار الحرب
او بعد قسم الامام الغنائم في دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص
اذا اخذ جارية في دار الحرب واستبراها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص ملكها لو لحقه جيش المسلمين
شاركوه فيها **ولهما** ان سبب الملك في المنفل ليس الا القهر كما في الغنيمة ولا يتم الا بالاحراز بدار الاسلام
لانه ما دام في دار الحرب مقهور دارا او قاهر يدا فيكون السبب ثابتا في حقه من وجه دون وجه ولا اثر
للتنفيل في اثبات القهر بل في قطع حق غيره واما الملك فانما سببه ما هو السبب في كل الغنيمة وهو ما ذكرنا
بخلاف المشتراه لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضي لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر
ايضا قبل الاحراز لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة **واعلم** ان كون الملك يتم بالقسمة في
دار الحرب عند ابي حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت في سهمه فيطؤها بعد
الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر في المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الا على احد القولين وقوله
ووجوب الضمان بالاتلاف ذكره لدفع شبهة ترد على قولهما وسيذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام
رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما ان الضمان دليل تمام الملك فينبغي ان يحل الوطي عندهما ايضا بعد
الاستبراء فقال في جوابه بل هو على الخلاف فانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفي المحيط وقد قيل بالواو والله الموفق

باب استيلاء الكفار

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع في بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا
وتقديمه الاول على الثاني ظاهر **قوله** واذا غلب الترك على الروم اي كفار الترك على كفار الروم فسبوهم
واخذوا اموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه من قريب فان غلبنا على الترك
حل لنا ما نجده من مال اي مما اخذوه منه وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدر بهم انما
اخذنا ما لا حرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان
لنا ان نشتري المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفي الخلاصة والاحراز بدار الحرب
شرط اما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا في دارنا لا نشتري من الغالبين
شيئا لانهم لم يملكوهم لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالاخرين فانه على ملكهم واما لو اقتتلت طائفتان
في بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستامن من الغالبين نفسا او ما لا ينبغي ان يقال ان كان بين الماخوذ
وبين الاخذ قرابة محرمة كالامية او كان الماخوذ لا يجوز بيعه للاخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخي
وان لم يكونوا دانوا بان من قهر اخر ملكه جاز الشراء والا فلا **قوله** واذا غلبوا على اموالنا واحرزوها بدارهم
ملكوها وهو قول مالك واحمد الا ان عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولاحمد فيه روايتان كقولي
وكقول مالك فيتفرع على ملكهم اموالنا بالاحراز ان لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشتري ما
اخذوه فياكله ويطا الجارية لملكهم كل ذلك **وقال** الشافعي لا يملكونها لان الاستيلاء اي استيلاءهم
على اموالنا محظور ابتداء عندنا لا اخذ وانتهاء عند صيرورتها في دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو
عصمة المالك قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها فقد عصموا مني دماءهم واموالهم والكفار مخاطبون
بالحرمات اجماعا والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم
وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوي مسندا الى عمران بن الحصين قال
كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء واسروا امراة من المسلمين وكانوا
اذا نزلوا يريحون ابلهم في افنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المراة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على
بعير الا رغا حتى اتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز
وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته المراة بنذرها
فقال بئس ما جزيتها او وفيتها لا وفاء للنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن ادم وفي لفظ فاخذ
ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المراة وللجمهور اوجه من النقل والمعنى فالاول
قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيئا فدل على ان الكفار ملكوا اموالهم التي خلفوها
وهاجروا عنها وليس من يملك مالا وهو في مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا
عطفوا عليه في نص الصدقة واما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين انه قيل له صلى الله عليه وسلم
في الفتح اين تنزل غدا بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروي اين تنزل غدا بدارك فقال وهل
ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل
ان المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من ابي طالب فانه توفي وترك عليا وجعفرا
مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لان الدار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولوا عليها فلو

بالاستيلا. وروي ابو داود في مراسيله عن تميم بن طرفه قال وجد رجل مع رجل ناقة له فارتفعا الي النبي
صلي الله عليه وسلم فاقام البينة انها له واقام الاخر البينة انه اشتراها من العدو فقال النبي صلي الله
عليه وسلم ان شئت ان تاخذ بالثمن الذي اشتراها به فانت احق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا
وعند اكثر اهل العلم. واخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات
مضعف. واخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفه عن جابر بن سمرة الدارقطني ثم البيهقي في سننهما
عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلي الله عليه وسلم قال فيما احرز العدو فاستنقذه المسلمون منهم
ان وجده صاحبه قبل ان يقسم فهو احق به وان وجده قد قسم فان شاء اخذه بالثمن وضعف الحسن بن عمارة
واخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفي قبل
ان يقسم فهو له وان وجده بعدما قسم فليس له شيء وضعف باسحق بن عبد الله بن ابي فروة ثم اخرجه بطريق
اخر فيه رشدين وضعفه به. واخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من ادرك ماله في الفي قبل ان يقسم فهو له
ومن ادركه بعد ان قسم فهو احق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا ايضا بان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه قال من ادرك ما اخذ العدو قبل ان يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال
وهذا انما روي عن الشعبي عن عمر وعن رجا بن حياة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروي عن الطحاوي
بسنده الي قبيصة بن ذويب ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال فيما اخذ المشركون فاصابه المسلمون فعرفه
صاحبه اي ادركه قبل ان يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شي له. وروي فيه ايضا عن ابي عبيدة رضي الله
عنه مثل ذلك وروي باسناده الي قتادة عن الخلاس ان علي بن ابي طالب قال من اشتري ما احرز العدو
فهو جايز. والعجب من يثبت بعد هذه الكثرة في نفي اصل هذا الحكم ويبد ولا في ذلك من تضعيف بالارسال
او التكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وان هذا الجمع من اهل العلم
لم يتعمدوا الكذب وبعد انه وقع غلط للكل في ذلك وتوافقوا في هذه الغلطة بل لا شك ان الراوي
الضعيف اذا كثر مجي معني ما رواه يكون مما اجاد فيه وليس يلزم من الضعف الغلط دايما ولا ان يكون اكثر
حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الاية وحديث العضبا كان قبل احرازهم بدار الحرب
الا يري الي قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم انها فعلت ذلك وهم في الطريق واما المعني فما
اشار اليه المص بقوله الاستيلا ورد علي مال مباح يعني الاستيلا الكاين بعد الاحراز في حال البقاء
ورد علي مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا علي اموالهم فانه ما نزلنا المالكية الا لهذا المعني وهذا
اي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة ثبتت علي منافاة الدليل وهو قوله تعالي هو الذي خلق لكم ما في الارض
جميعا منه فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة
من الانتفاع عاد مباحا وزوالها علي التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاما
وهو الاقتدار علي المحل حالا ومالا الا بالادخار الي وقت الحاجة بخلاف اهل البغي اذا احرزنا اموالهم لا نزول
املاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا يزول الملك بالشك ثم
اجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذلك في المحظور لنفسه اما المحظور لغيره فلا فانا وجدناه
صلح سببا لكرامة تتوقف الملك وهو الثواب كما في الصلاة في الارض المغصوبة فما ظنك بالملك الدنيوي
والقياس علي استيلايهم علي رقابنا فاسد لانها ليست مالا. وكذا علي غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه

ليس فيه احراز بدليل الملك علي ما ذكرنا في الباغي. واورد عليه ان العصمة ان زالت بالاحراز
بدارهم لا يكون الاستيلا محظورا لغيره فلا يحتاج الي هذا الكلام وان لم يكن زالت لم يصر ملكا لهم واجيب
بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة زالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال
تبعا لزوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالمدار الاباحة وعدمها ثم
الوجه الاحاجة الي اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلا ان اريد به ابتدا الاخذ وادخاله
في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب
لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه علي ما عرف كذا اورد في الاصول علي كون الغصب يفيد الملك ذلك
اجيب بان المفيد له هو الضمان علي ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلا الاول سببا للملك
ولا الادخال الي دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة
وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلا الكاين في البقا علي ذلك المال المباح
سبب ملك الكافر وهذا الاستيلا ليس بمحرم لانه علي مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال
المكنة فاما الاخذ وما يليه وهو الادخال الي دار الحرب فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع ان
سبب الملك هنا محظور لنفسه اولغيره بل هو امر مباح والسبب البعيد لا يؤثر في السبب الاخير لاسبب
عن غيره علي ما عرف من ان العلة البعيدة لا اثر لها في المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة
اصلا وقول بعضهم في التقرير لانه اي الاستيلا ورد علي مال محظور معصوم لا نا ستيلاءهم انما تحقق
بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد علي مال مباح كال المسلم ثمة اذا المرتد لحق بالدار يقتضي ان ماله
مباح وليس كذلك اللهم الا ان يقال مراده بل ما له معصوم عليه عن العقار علي خلاف المتقدم وسببه انه
ليس في يده بل يكفي المنع بان يقال لا ثم انه محظور لانه ورد علي مال مباح قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها
انما تكون قبل القسمة فهي لهم بغير شي وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة ان احبوا لقوله صلي الله
عليه وسلم فيه ان وجدته الي اخره وتقدم الكلام في الحديث ونظايره. فان قيل ان اخذه قبل القسمة
اذا كان حكما لازما يقتضي قيام ملكه. اجيب بالمنع فان الواهب له ان ياخذ ما وهبه بعد زوال ملكه
عنه شرعا وكذا الشفيع يتقدم علي المالك المشتري في الاخذ ولا ملك له. وحاصله ان في الشرع صورا يقدم
فيها غير المالك علي المالك كما اريناك فلا يقدم غير المالك علي غير المالك اولي وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد
في المغنوم قبل القسمة فيجبر ضرره القوي بضرر يسير فان الشركه اولا في الجود دون الملك وثانيا بشركه عامة
فيخص ضرر كل واحد خفة كثيرة وصورة الشفيع شبهة اخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه في اثبات ملك
موجود بالثمن دفعا لضرر الجوار او الخلطة مع دفع ضرر اتلاف مال الاخر واشبه التاجر اذا دخل دار الحرب فاشتري
ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زايل بعوض يقدره وهي المسالة
التي ذكرناها وهذا لان الشارع لم يزل الملك الخاص الحادث للغازي في مقابلة عنا حصل له لا بمقابلة
مال بذله الا ببدله ليعتدل النظر. وتخف الضرر من الجانبين فلان لا يزيله برفع ملك حصل بعوض
باحداث ملك الا بعوض ليعتدل من الجانبين اولي. ولو ان التاجر اشتراه بعرض ياخذه بقيمة
العرض هذا ولو ترك اخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا طويلا له ان ياخذه بعد
في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع

والظاهر هو الاول • ولو وهبوه لمسلم اخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص في مقابلة ما كان
او اثقل من المانة اذا كانت اذا المال ثابت متعين لان المكافاة مطلوبة والظاهر ابقاءها فلا يزال الا
بالقيمة ومن منع هذا بالرجوع ولو كان ما اخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطه
والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون ياخذه المسلم قبل القسمة بغير شيء ولا ياخذه بعدها لانه لا فائدة فيه
لان اخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان المثلي موهوبا من الكافر للمخرج له ليس له فيه الا المثل وهو انه غير
مفيد لما قلنا وكذا اذا كان الذي اخذه من الكفار مشتري بمثله فكذا وصفا ليس لصاحبه القديم
ان ياخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشتري باقل قدرا منه او
بجنسه لكن ادون منه او احسن كان له ان ياخذه بمثل ما اعطى المشتري منه **قوله** اختلف المولى
والمشتري منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بما يقر هو به
كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا ان يقيم المالك البينة انه اشتراه باقل فيثبت ذلك بالف
وعند محمد بحصته منها وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ وما اصاب
كلا فهو حصته **قوله** فان اسروا عبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ
ارشها فان المولى ياخذه بالثمن الذي اخذ به من العدو ولا ياخذ الارش لان ملكه فيه صحيح لانه اخذ
بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ما سنذكر فلو اخذه اي الارش اخذه
بمثله دراهم او دنانير وعلمت انه لا يفيد ولا يحط شيء من الثمن بما نقص من عينه لان الاوصاف لا يقابلها شيء
من الثمن والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فاتت في ملك صحيح فلا يقابلها شيء من
الثمن ولا يسقط بفواتها شيء منه • وانما لم يقابل شيء من الثمن الوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شيء من
الثمن ولهذا لو ظهر في المبيع وصفه عيوب فيه وقد نفاه عند العقد لم يكن للبائع ان يطلب شيئا بمقابلته
الا ترى انه لو اشترى عبدا فذهبت يداه او عينه قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن والعين كالارش واستشكل
بان الوصف انما لا يقابله شيء من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول اما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى
عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت في يده بآفة سماوية لا
يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا في الشفعة اذا كان نفوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدي فيقابل بعض
الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية
كان يحترق البنيان ونحوه لا يقابله شيء من الثمن ولهذا اورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك
في القصدي اما في غيره فالشفعة والمسئلة التي نحن فيها سواء • **واجيب** بان الوصف انما يقابله بعض الثمن
عند صيرورته مقصودا بالتناول في الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة
المرابحة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك في الشفعة للمشتري
كالفاسد من حيث وجوب تحوله اما في الشراء الصحيح الذي لا يشبه الفاسد فالثمن مقابل العين لا غير
وقوله لان الاوصاف تضمن فيه اي في البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب والاصل
في مقوم الصفا هو الغصب وانما لزمه لان مراعاة لحق المالك ومبالغة في دفع الظلم والبيع الفاسد
دونه في ذلك لتحقق التراضي فيه من الجانبين غير ان الشرع اهدر تراضيهما في حق الحل وطلب رد كل منهما
بدله الى الاخر وفي الكافي ولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشتري من العدو ثبت لخلاف

الغائب نصا وهو قوله ان شاء اخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو انه فقا عيناه عند الغازي
المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للفاقي فللمالك الاول اخذه من الفاقي بقيمته اعمى عند ح وقالا بقيمته
سليما وهي التي اعطاها الفاقي للمولى لما انه فوت وصف فلا يسقط به شيء من ثمنه وله انه طرف وهو
مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض بمسئلة
الهداية بل الوجه وهو الفرق ان فوات الطرف هنا بفعل الذي ملكه باختياره فكان بمنزلة ما لو اشتراه
سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقي عينه بغير رضاه
فرع اسروا جارية واحرزوها ثم ظهر المسلمون فوقعت في سهم غانم فباعها بالف فولدت في يد المشتري
وماتت فاراد المالك القديم اخذ الولد فعند س له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان
يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما اصاب كلا فهو حصته **قوله**
وان اسروا اي الكفار عبد المسلم فاشتراه رجل منهم بالف فاسروه ثانيا وادخلوه دار الحرب فاشتراه
رجل اخر بالف فليس للمولى الاول وهو الماسور منه اولا ان ياخذه من الثاني وكذا لو كان الثاني غائبا
كما سنذكر لان الاسر ما ورد على ملكه بل على الثاني فانما ثبت حق اخذه للمشتري الاول حتى لو اخذه
لم يلزم المشتري الثاني اعطاؤه للمولى الاول ولو كان المشتري الاول وهبه له اخذه مولاه من الموهوب
له بقيمته كما لو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا اخذه المشتري الاول من المشتري الثاني بالف فاراد المولى
ان ياخذه من المشتري الاول اخذه بالفين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففي مقابلة
العبد الذي عرضه فيه بخلاف ما لو اخذه بالف فانه يفوتها لا الى الاخرى على المشتري الاول بلا
عوض اصلا **فرع** لو باع المشتري من العدو العبد من غيره اخذه المالك القديم من الثاني بالثمن الذي
اشتراه به ان مثليا فبمثله او قيميا بان كان اشتراه مقايضة فبقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام
المشتري الاول وليس للقديم ان ينقض العقد الثاني لياخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في
رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول والوجه في المبسوط وفيه ان الكفار لو اسلموا قبل ان
يبيعوه لم يكن للقديم ان ياخذه **قوله** ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة الكائنة بالاحراز بدارهم
مدبرينا ولا امهات اولادنا ولا مكاتبينا ولا احرارنا ونملك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب وهو الاستيلاء
التام انما يفيد الحكم وهو الملك لما يرد عليه في محله ومحله المال المباح والحر المسلم المعصوم بنفسه
وكذا من سواه ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم لانه يثبت الحرية فيهم من وجه مع الاسلام بخلاف رقابهم لان
الشرع اسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم بالكفر ولا جناية من هولاء ويتفرع على عدم ملكهم هولاء انهم
لو اسروا ام ولد المسلم او مكاتبا او مدبرا ثم ظهر على دارهم اخذه مالكه بعد القسمة بغير شيء ويعوض
الامام من وقعت في قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم اخذه منه بغير ثمن ولا عوض
قوله واذا ابق عبد لمسلم او ذمي وهو مسلم ودخل عليهم دار الحرب فاخذوه لم يملكوه عند ح وقالا يملكونه
وبه قال مالك واحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا لسقوط
عصمته لانها لحق المالك وقد زالت وصار كما لو ندت اليهم دابة اي شردت من باب ضرب الا ان الصحيح
حاء نددوا كالجاء على يد القباب وكما لو اخذوا العبد الابق او غير الابق من دارنا ثم احرزوه حيث يملكوه
فكذا هذا ولابي حنيفة ان العبد ظهرت يده على نفسه وهذا لانه ادمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى

نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده لتحقق
به المولي عليه تمكينا للمولي من الانتفاع وقد زال يد المولي بمجرد دخوله دار الحرب فظهرت يد العبد على نفسه
سابقة على يد اهل الحرب لان اخذهم اياه لا يبان تراخي لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم صار معصوما
بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الابق المتردد في دارنا اذا اخذوه لان يد المولي قايمة عليه ما دام
في دار الاسلام حكما لقيام اهل الدار فتمكنه الاستعانة على وجوده فلا اقتدار يابق فتمنع ظهور يده على نفسه
ولا كذلك الماذون في الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التي ندت فانه لا
يد لها على نفسها والضمير في قول المصنف لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب ان يقول اعتبارها لان اليد
مؤنثه وقد يعاد على الظهور اي سقوط اعتبار يده واذا لم يثبت لهم ملك فيه ياخذه المالك القديم
بغير شيء سواء كان موهوبا للذي اخرجه الى دار الاسلام او مشتري منهم او مغنوما قبل القسمة وبعدها
الا انه اذا اخذه بعد القسمة يودي الامام عوضه من بيت المال للماخوذ منه لانه لا يمكن اعادة القسمة
لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وتفرق المال في ايديهم وايدي غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج
وبيت المال معد لنوايب المسلمين وهذا من نوايبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شيء يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع
في بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطي المشتري شيا اذا كان اشتراه بغير اذن المولي فان اشتراه باذنه
رجع عليه بما اشتراه به وعندهما ياخذه بالثمن في المشتري وبالقيمة في الموهوب كما في الماسور غير الابق وانما
قيدنا اول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوها اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل
فهو ذمي تبعا لمولاه. وفي العبد اذا ابق قولان ذكره في طريقته مجد الايمة **قوله** وليس له اي للغازي والتاجر
جعل الابق لان استحقاقه اذا اخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه **قوله** وان ند بعير
اليهم فاخذوه ملكوه وجهه ظاهر فيتفرع على ملكهم اياه انه لو اشتراه رجل وادخله دار الاسلام فانما ياخذ
مالكه منه بالثمن ان شاء **قوله** فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس او متاع فاخذ المشركون ذلك كله فاشترى
رجل ذلك كله فان المولي ياخذ العبد بغير شيء والمتاع والفرس بالثمن عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ العبد ايضا
بالثمن ان شاء، وهذه متفرعة على ملكهم العبد الابق اليهم عندهما دونه. واورد عليه انه ينبغي ان ياخذ الكل
بلا شيء لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على ما في يده لانه مال مباح فيمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت
ظهور يدهم عليه نفسه بسبقها اجيب بان غايته انه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى في يده كما لو
كان مملوكا للغايب فيملكه الكفار بالاستيلاء. وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عنده فانما
يكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال
عليه يد فيدفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قايم. واجيب ايضا بان يده ظهرت
على نفسه مع المنافي وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها في حق نفسه دون المال.
ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغي ان يمنع استيلاء الكفار **قوله** واذا
دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما وادخله دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق لان الازالة
كانت متعينة حال كونه في دار الاسلام بطريق معين وهو البيع فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما اجبر
على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضي عليه ودفع ثمنه اليه وقد تعذر الجبر عليه فبقي عبدا
في يده ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا اخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام

ملكوه فاستحال ان يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز. ولابي حنيفة ان الجبر على البيع في دار الاسلام
ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن ذل الكافر فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل
اليه غير انه لتعين اخراجه بعوض بعاطيها حال قيام امانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله ولولا لاعتقناه
عليه فاذا زال الامان وسقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق وعليه عن اعتاق
القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هنالك فاقيم شرط زوال العصمة ماله وهو
دخوله دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي كما اقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق
القاضي بعد عرض الاسلام على الاخر واباءه فيما اذا اسلمت المراة في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام
لان للمولي حق استرداده فلو اعتقناه على الحربي جبرا عنه ابطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا فكان
ذلك مانعا للمقتضي عن عمله. وقول المصنف فيما اذا اسلم احد الزوجين في دار الحرب ليس بجيد لانه لو اسلم
الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا اسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم او ذمي
او حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد تم اذ زال
قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله ان قهره زال حقيقة بالبيع ولان اسلامه يوجب ازالة قهره
عنه الا انه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله اثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع **قوله**
واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او اسلم ولم يخرج حتى ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيد الى عسكر
المسلمين مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين اهل العلم لما روى ابو داود مسندا الى علي رضي الله عنه قال
خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب مواليهم الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله
ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه احاديث قدمناها
ومنها اسلام عبيد الطايف ومنهم ابو بكرة والمنبعث تقدم في كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم
اذا خرجوا مسلمين واما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه خرج اليهم
فانه امتنع بهم. وقوله واعتبار يده الخ جواب عن قولهما انه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقا
وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لان الاسلام لا ينافي الرق كما صح
اجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم يظهر لحق المولي ليتمكن من الانتفاع ثم هي اسبق من يد
المسلمين اما في المولي الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من ذل الكافر لان مجرد اصل اليد لا يكفي
ما لم يتاكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق هذا ولو اسلم العبد ولم يخرج الينا
ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى ان يشتريه مسلم او ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاء اي ولا
يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا
اذا عرضه المولي على البيع من مسلم او كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري البيع او لم يقبل لان العبد استحق
حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد
المراغمة احترز به عما لو خرج باذن مولاه او بامره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكمه ان يبيعه
الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده به ومعه
من المال **فروع** ولو جنى عبد جناية خطا او افسد متاعا فلزمه دينه ثم اسره العدو ثم اسلموا عليه فهو

لهم لقوله صلى الله عليه وسلم من اسلم على مال فهو له ثم سبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا يبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية واما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه • ولو اشتراه رجل واصابه المسلمون في الغنيمة فاخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه • ولو كانت الجناية قتل عمد لم يبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا يبطل بزوال ملك المولى كما لو اعتقه او باعه بعد لزوم القصاص • ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل او اشتراه فاعتقه قبل ان يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت امة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم ان ياخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين الا ترى انه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يتعدى محله الى الولد وان كان جزا في المال المحل آخر بخلاف حق المولى قوي لا يبطل ببيعه وهبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ فلا فسخ والنكاح الزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما اخذها من عقرها وارش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فله وطؤها قبل ان ياخذها المولى وثبوت حق اخذه لا يمنع وطء المالك ولو اسره واجاريه مرهونة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف اخذها مولاها الراهن لها ولم يبق رهنا لانها ثاويه في حق المرتهن فهو كالهدود لملكها ولا ياخذها المرتهن الا ان يرد على الراهن الالف • وان كان الثمن اقل من الالف كان للمرتهن ان يؤدي ذلك الثمن فيكون رهنا عنده لانه مفيد • ولو اسلم على ما اخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربي آخر • ولو خرج الينا بامان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا انه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذلاله • ولو اسروا جارية وديعة عند رجل او عارية او اجارة فحق الاخذ اذا اخرجت بشراء او غنيمة لمالكها لان ثبوت حق الاسترداد للملك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع • ومن ذكرنا لكل من هولاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها يوجب ان يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة • والله سبحانه وتعالى اعلم ٥

• باب المستامن •

اخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستيمان بعد القهر فاورده كذلك وتقدم استيمان المسلم على الكافر ظاهر **قوله** واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم لانه بالاستيمان ضمن لهم ان لا يتعرض لهم فالخلاف غدر والغدر حرام بالاجماع • وفي سنن ابي داود عنه صلى الله عليه وسلم ان الغادر ينصب له لواء يوم القيمة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله صلى الله عليه وسلم لامراء الجيوش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو اقتتلت طائفتان من اهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا ان نشتري من الطائفة الغالبة شيئا من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب

فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لا بدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فانه لا يشترط ان يحرزوها بدارهم ان كانوا لا يدينون ان من قهر آخر في نفسه او ماله ملكه وان كانوا يدينون ذلك فانهم قالوا دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامة او ابنه او ام ولد ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منه والعامة يقولون ان كانوا يدينون ان من قهر آخر ملكه فهؤلاء املاك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون احرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض احرارهم قالوا ان كانوا يدينون ان من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والا لا مع ان هذا ليس فيه احراز بدار اخرى على دار المقهور وقوله الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ اموالهم الخ واستثنا من قوله لا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم ايضا وقد صرح به حيث قال فيباح له التعرض وان اطلقوه وتركوه في دارهم طوعا او اعتقوه لانه لا يستامن وعتقهم لا عبرة به لانهم لم يملكوه فله ان يقتل من قدر عليه سيده او غيره ويأخذ ماله ويملكه ملكا لا خبث فيه فان غدر بهم التاجر فاخذ شيئا واخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح عند عدم الاحراز الا انه بسبب محرم فاوجب خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما يملك مع حرمة مباشرة سبب الملك لان الخطر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك كما في البيع الفاسد وقوله على ما بيناه يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشتري منه بخلاف المشتراة شراء فاسدا فان حرمة وطئها على المشتري خاصة ويحل للمشتري منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع في الاسترداد وببيع المشتري انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشتري الثاني كالاول فيه اما لو سبى قوم اهل الدار التي هو فيها جاز له ان يشتري منهم من السابي لانهم ملكوها بالاحراز وهم كانوا على اصل الاباحة في حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا **فرع نفيس من المبسوط** لو اغار قوم من اهل الحرب على اهل الدار التي فيهم المسلم المستامن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلاك لا يحل الا لذلك او لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الاعلاء للكفر ولو اغار اهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستامنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فمروا بهم على اولئك المستامنين وجب عليهم ان ينقضوا عهودهم ويقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم في ايديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال فانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم ان لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان المأخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون **ومن فروعه** لو تزوج في دار الحرب منهم ثم اخرجها الى دار الاسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح ويصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها ٥ واعلم انهم اخذوا في تصويرها ما اذا اضمر في نفسه انه اخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو اخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده ان له ان يذهب بزوجته حيث شاء اذا اوفاها مهرها ينبغي ان لا يملكها **قوله** واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فاذانه حربي او ذانه هو حربيا او غصب احدهما صاحبه مالا ثم خرج المسلم الينا واستامن الحربي فخرج ايضا مستامنا لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشيء اما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة على واحد منهما ولا وقت القضاء على المستامن لانه ما التزم احكام الاسلام

فيما مضى من افعاله وانما التزم في المستقبل ولكن يفتي بانه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى
وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال س يقضي على المسلم وعدم القضاء كما في
الهداية قولهما ح وقول محمد واستشكل قولهما بان المسلم ملتزم احكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكونه
ح اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو ايضا مما يحتاج الى موجب واجاب في الكافي بان ذلك للتسوية
بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس في ان يبطل حق احدهما بلا موجب لوجوب
ابطال حق الاخر موجب بل انما ذلك في الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والادانة البيع
بالدين واما انه لا يقضي بالغصب لكل منهما فانه صار ملكا للذي غصبه سواء كان الغاصب كافرا في دار
الحرب او مسلما مستامنا على ما بينا اي في باب استيلاء الكفار من ان الاستيلاء ورد على مال مباح لان الغرض
ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفي غصب المسلم اذا دخل واحدا واثنان معه من دار الحرب الخ الا ان
المسلم المستامن الغاصب لمال الحربي يومر بالرد افتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر وفي كلام المص اشارة
اليه كما ترى وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك اي اذا ان احدهما صاحبه او غصبه ثم خرجا الينا مستامنين لما
قلنا فان خرجا مسلمين وقد اذان احدهما الاخر او غصبه نقضي بالدين بينهما خاصة دون الغصب اما القضاء
بالمداينة اي بالدين فلانها حين وقعت وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضي والولاية ثابتة حال القضاء لالتزامهما
باحكام الاسلام ولا ترجيح لاحدهما على الاخر اذ لم يقض لاحدهما دون الاخر بل سوينا بينهما وعلى قول س لا
يحتاج الى هذه العلاوة اذ يقضي للحربي على المسلم على قوله كما ذكرنا انفا واما الغصب فانه لا يقضي به لانه
فيما ملكه ولا خبث في ملك الحربي ليومر بالرد وفيه الاشارة الى ما قدمنا ذكرها **قوله** واذا دخل المسلم
فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الخ عرف احكامهما مما تقدم **قوله** واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان
فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطا فعلى القاتل عمدا الدية في ماله ولا كفارة عليه وعلى القاتل خطا الدية
في ماله ايضا وعليه الكفارة هكذا في عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر قاضي خان في الجامع
الصغير ان هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك واحمد
لانه قتل شخصا معصوما بالاسلام عدوانا وذلك موجب للقصاص وكونه في دار الحرب لا اثر له في سقوط
ذلك عند الله تعالى ولابي حنيفة انه مكثر سوادهم من وجه ولو كثره من كل وجه بان كان متوطنا هناك
لا يكون معصوما فاذا كان مكثرا من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الائمة
القصاص في العمد [illegible] من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من اهل دار الاسلام لا ينتقض احرازه نفسه
بذلك والقصاص حق للولي يتفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام وجه الظاهر [illegible] فيما اسند
قال المص اما الكفارة فيعني في الخطا فلاطلاق الكتاب يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
ووجوب الدية لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول الى دار الحرب بالامان
وانما لا يجب القصاص في العمد لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم
يوجد ذلك في دار الحرب فلا فائدة في الوجوب واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه لسقوط بعارض [illegible]
للقتل [illegible] كقتل الرجل ابنه ولا يخفى ان المراد انه ليس على الامام اقامته اذا طلب الولي تمكينه منه ولا
على الولي المقتول قبل القاتل اذا قدر عليه لان القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص فيه وهو مشكل لان كون الولاية
قاصرة وقت السبب لا يمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع الى قاض مطالبه بيع صدر [illegible]

بيّن فيه قبل ولاية القاضي فان ولايته منعدمة عند السبب وعليه ان يقضي اذا ثم عند المرافعة لان العصمة
المؤثمة بالاسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الامام منتف
لما ذكر عن س ان الاقامة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل والاقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة
للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه اذ يمنع كون ذلك شبهة موجب السقوط او ان دار الحرب دار
اباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال ان كانت دارا اباحة للقتل مطلقا فممنوع او قتل الكافر فيه ولا يفيد
ويجاب بان كونها دار اباحة له في الجملة كاف الا يرى ان من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه مع
ان اباحة الشرع قتله لم يحصل بقوله ذلك بل اباحة من جهته وقد جعل ذلك مانعا الا ان يمنع عدم
القصاص في قوله اقتلني فان قيل ما ذكرتم مخالف كقوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس
فالجواب انه عام مخصوص بالقتل خطا فانه قتل وليس يجب به قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه
بالمعنى ايضا قال وانما يجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطا انما يجب ايضا
في ماله لان وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه ذلك ولا تقصير منهم في ذلك
اذا كان في دار الحرب **قوله** واذا كانا اي المسلمان اسيرين فقتل احدهما صاحبه او قتل مسلم تاجرا
اسيرا فلا شيء على القاتل من احكام الدنيا الا الكفارة في الخطا عند ح وانما عليه عقاب الاخرة في
العمد وقالا في الاسيرين الدية في الخطا والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستيمان
على ما بيناه يعني من قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان
فكان الاسيران كالمستامنين واما امتناع القصاص فلعدم المنعة كما ذكرنا ووجبت الدية في ماله لما قلنا
ان العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضي خان عنهما في المسلمين المستامنين من وجوب القصاص في
العمد ان يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما ولابي حنيفة وهو الفرق بين الاسيرين والمستامنين ان الاسير
صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في ايديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز
اصلا لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدنيوية
بجامع كون كل منهما مقهورا في ايديهم وانما خص الكفارة بالخطا لانه لا كفارة في العمد عندنا كما يعرف
في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب ان يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه **قوله**
واذا دخل الحربي الينا مستامنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ثم يرجع بل يقول له الامام ان اقمت تمام السنة
وضعت عليك الجزية واصل هذا ان الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق او بالجزية
لانه يصير عينا لهم اي جاسوسا وعونا علينا فيلتحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها
قطع الميرة والجلب وهو ما جلب من حيوان وغيره ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب
فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان اقامها بعد تقدم الامام اليه اي قوله له ما يعهد وفرض
الجزية عليه صار ذميا فلا يمكن بعدها من العود الى داره لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية
وتصيير ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين ولا تاخذ منه جزية للسنة التي اقامها الا ان قال له
ان اقمتها اخذت منك الجزية **وقوله** بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه في منعه
من العود اذا اقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو اقام سنين من غير ان يتقدم اليه الامام فله الرجوع
قبل ولفظ المبسوط يدل على ان تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال ينبغي للامام ان يتقدم

اليه فيأمره الى ان كان وان لم يقدر مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق في قوله ان اقمت
طويلا منعتك من العود فان اقام سنة منعه وفي هذا اشتراط التقدم عن انه لم يوقت له مدة خاصة
والوجه ان لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولان يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغي ان يلحقه عسرا بتقصير
المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج في اقتضائها الى مدة مديدة **فروع** لو مات
المستأمن في دار الاسلام عن مال وورثته في دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد ان يقيموا البينة
على ذلك فيأخذوا فان اقاموا بينة من اهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان انسابهم
في دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا
غيرهم دفع اليهم المال واخذ منهم كفيلا لما يظهر في المال من ذلك الكفيل هو قولهما لا قول ابي حنيفة كما في المسلمين
وقيل بل قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه
بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل الذي دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا او رمحا لا يمكن منه وكذا
لو اشترى سيفا احسن منه فان كان مثل الاول او دونه يمكن منه. ومن وجد في دارنا بلا امان فهو وما معه
فيء فان قال دخلت بامان لم يصدق واخذ وان قال انا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف
يعرف ذلك كان امنا فان الرسول لا يحتاج الى امان خاص بل كونه رسولا يامن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو وما
معه فيئا فاذا دخل دار الاسلام بلا امان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند ابي حنيفة بل يكون فيئا لجماعة
المسلمين وهو رواية بشر عن س وظاهر قول س وهو قول محمد يختص به. ولو دخل الحرم قبل ان يؤخذ فعند ابي حنيفة
يؤخذ ويكون فيئا للمسلمين وعلى قولهما لا ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤوى حتى يخرج **قوله** وان دخل الحربي
دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا وكذا لو اشترى عشرية فانها تصير عشرية على
قول محمد فانها وظيفة مستمرة وعلى قول ابي حنيفة تصير خراجية فيؤخذ جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج
وتثبت احكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة
خمره وخنزيره اذا اتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فيحرم غيبته كما يحرم
غيبة الفاسق فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة
التي نبه عليها المصنف والجم الكثير. والمراد بوضع الخراج الزامه به واخذه منه عند حلول وقته ومنه
باشر السبب وهو زراعتها او تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه او زرعها بالاجارة وهي في ملك
غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا. بخلاف ما لو كانت الارض التي استأجرها
خراجها على المالك فانه لا يصير ذميا اذا دخل وقت لا اخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا اخذ منه العشر على قول
محمد. ولا تظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لان الامام قط لا
يقول في كل قطعة ارض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة الاراضي المعلومة استمر على كل من صارت
اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لا غير لازم لجواز انه اشتراها للتجارة فلا يحكم
بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها او زرعها
قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية فتزوجها مسلما اولى وعكسه
ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية ايضا قياسا على الرجل عن
بينا الفرق بان تزوجه ليس دلالة التزامه فان في يده طلاقها والمضي عنها خلافها فحين انعقدت عليه

كانت ملتزمة ما يأتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج
على ارضها ونحو ذلك **قوله** ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم
او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله له ما دام حيا وان مات فلورثته
وكذا اذا قتل من غير ان يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام لان ماله مشمول بامانا ما دام في دارنا
وبه قال الشافعي واحمد. فان قيل ينبغي ان يصير فيئا كما اذا اسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم
في دار الحرب ثم ظهر على دارهم يكون فيئا ولا يكون يد المودع كيده في دار الاسلام. اجيب بالفرق بان ما في دار الحرب
معصوم من وجه لا من كل وجه فان دار الحرب دار اباحة لا عصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلافه ما في دار
الاسلام ثبت من كل وجه فيبقى الى ان يثبت المزيل وهو ان يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر او يظهر على داره
فيقتل فحينئذ يصير الوديعة فيئا للعامة المسلمين يوضع في بيت المال لانها في يده تقديرا فاذا غنمت
ثم هذا ظاهر الرواية. وعن ابي يوسف انه يختص بها المودع لما ذكر المصنف في الدين واما الدين فيسقط
عمن في ذمته لان ثبوت يده عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما يثبت باعتبار ثبوت حق المطالبة
وقد سقطت باسترقاقه فسقط الدين واذا تحققت هذا ظهر لك ان اختصاص المديون ضروري غير محتاج
الى تعليله بانه سبقت يده اليه **قوله** وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال اي ما اعملوا
خيلهم وركابهم في تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا
ووجيفا واوجفته اذا حملته على الوجيف يصرف في مصالح المسلمين كما يصرف الخراج وكذا الجزية في عمارة
القناطر والجسور وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة
والى ارزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يخمس ولا يختص به ولا يبقى منه
احد قالوا هو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها عنها والجزية ولا خمس في ذلك وقال الشافعي فيها وفي بعض النسخ
فيهما اي الارض والجزية والخراج التي تقدم ذكره في قوله كما يصرف الخراج ويقال اجلا السلطان القوم وجلاهم
يتعدى بالالف اي اخرجهم فجلوا اي خرجوا واجلا القوم ايضا خرجوا فكل من ذي الالف وعدمها يتعدى ولا
يتعدى. ومذهب الشافعي ان كل مال اخذ من الكفار بلا قتال عن خوف او اخذ منهم للكف عنهم يخمس وما اخذ
من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففي القديم لا يخمس وهو قول مالك وفي
الجديد يخمس ولاحمد في الفيء روايتان في الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعي يصرف الى من يصرف
اليه خمس الغنيمة عنده على ما مر وذكروا ان قوله في الجزية مخالف للاجماع قال الكرخي ما قال به احد
قبله ولا بعده ولا في عصره. وجه قوله القياس على الغنيمة بجامع ان المال ماخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين
واستدل المصنف بفعله صلى الله عليه وسلم فانه اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على
اهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط في ذلك انه خمسه بل كان من جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو نقل على
ضعيف على ما قضت به العادة ومخالفة ما قضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وان
كان فيه ضعف اخرجه ابو داود عن ابن لعدي بن عدي الكندي ان عمر بن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع
الفيء انه ما حكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرآه المؤمنون عدلا موافقا لقول النبي صلى الله عليه وسلم
جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب
فيها بخمس ولا مغنم. واما ما في السنن عن عمر رضي الله عنه كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله

مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على اهله نفقة سنته
فما بقي جعله في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله فمعناه ان التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ما ذكرنا
لان مصارف بيت المال اذ ذاك لم يكن اكثر من نفقة الايمة والات الجهاد من الكراع والسلاح وهو نفقته
صلى الله عليه وسلم اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور ولا قناطر. واما نفقة الفقراء المهاجرين فيحتمل نقطع
بانه كان يفعل ما تحققت له ادنى قدرة عليه. واما القياس ففي تقرير المصنف دفعه وهو قوله ماخوذ بقوة
المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك للكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس معنى واستحق
الباقي للغانمين لمعنى وفي هذا السبب واحد وهو ما ذكرنا من الرعب الخالي عن القتال فلم يكن لا يعارضه مستحقو
خمسين بل استحقاقه بجهة واحدة قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان وله امراة في دار الحرب واولاد
صغار وكبار ومال مودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا اي في دار الاسلام ثم
ظهر على البناء للمفعول على دارهم فذلك كله فيء اما المراة والاولاد الكبار فانهم حربيون فليسوا باتباع
للذي خرج لانهم كبار وكذا ما في بطنها لو كانت حاملا يكون فيئا مرقوقا لما قلنا في باب قسمة الغنايم من انه
جزوها واما اولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا باسلام ابيه اذا كان في يده وتحت ولايته
ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا امواله لا تصير محرزة باحراز نفسه بالاسلام باختلاف الدارين
فبقي الكل فيئا فاما اذا اسلم في دار الحرب ثم جاء الينا فظهر على الدار فالحكم في الصورة بخلافها فاولاده الصغار
احرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حيث اسلم. ولو كان في بلدة اخرى غير البلدة التي هم فيها
اذ الدار واحدة وما كان له من مال اودعه مسلما او ذميا فهو سالم له لانه في يد محترمة ويده كيده
لانه نايب عنه في الحفظ خلاف ما لو كان في يديهما غصبا فانه يكون فيئا لعدم النيابة وعند ابي يوسف
ومحمد يجب ان لا يكون فيئا الا ما كان من غصب عند حربي وهو كقول الايمة الثلثة وتقدمت هاتان
المسالتان مع اخريين في باب الغنايم قوله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او خطا
وله ورثة مسلمون صالحون لاستيفاء القصاص والدية فلا شي على القاتل الا الكفارة في الخطا وقال
الشافعي تجب الدية في الخطا والقصاص في العمد وهو قول مالك واحمد لانه اراق دما معصوما بالاسلام
لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة اصلها العصمة الموثمة لحصول اصل الزجر اي بالعصمة
ولو قال به اي بالاثم كان احسن والعصمة المقومة كالصفة اي في اصل العصمة لكمال الامتناع به اي بالتقوم
على المنتهكات لها فتعلق هذه العصمة بما علق به الاصل اعني الموثمة وقال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها
عصموا مني دماءهم واموالهم مصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والموثمة ولنا قوله تعالى
فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة فانه في القتل الخطا ولم يستدل على منع القصاص في العمد
اكتفاء بما ذكره في المسالة من دلالة الاية لانه تعالى افاض في تفاصيل موجبات القتل الخطا فقال
سبحانه وتعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا
فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان اي المقتول من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة واقتصر
عليه فعرف انه تمام الموجب لانه مقتضى في بيان حكم قتل المسلم الكاين من قوم عدو ولنا فقال موجبه
كذا ولم يزد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا للموجب بل للبعض موجبه وزاد المصنف وجها اخر
ننبه على هذا الوجه وهو قوله رحمه الله الحرف الفا وقرر بان الفا للجزا والجزا هو الكافي يقال الجزا

فلان اي كفي وهو سهو لان لفظ الجزا المجعول بمعنى الفا لفظ اصطلاحي اي جعلي لان اللغة وضعت لفظ
الفا بمعنى لفظ الجزا حتى يقال الجزا الذي هو معنى الفا الكافي بل المراد بقول النحاة الفا للجزا اي دالة
على ان ما بعدها مسبب عما قبلها فسمي السببية جزا اصطلاحا لا لغة فليتامل ولان العصمة الموثمة في
الاصل بالادمية لا بوصف الاسلام لانه خلق متحملا اعبا التكليف والقيام بها لا يمكن الا بحرمة
التعرض له وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها
خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هي الاصل فيها لا النفوس لان التقوم يوذن
بجبر الفايت ومن شرطه التماثل وهو في المال لا النفوس فكانت النفوس تابعة في العصمة المقومة للاموال
ثم العصمة المقومة في الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا في النفوس الا ان الشرع اسقط
اعتبار منعة الكفر فاوجب بطلانها. فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم في المرتد والمستامن اذا قتل في دار الاسلام
اجاب بانهما من اهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شي. واما قوله صلى الله عليه
وسلم عصموا مني دماءهم فنقول لا شك في ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا
فقد قال صلى الله عليه وسلم الا بحقه ومن حقه ان يكونوا في دارنا لا يكثرون سواد العدو الا ان هذا
لا ينتهض في الاسير المسلم قوله ومن قتل مسلما خطا لا ولي له او قتل حربيا دخل دار الاسلام
بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة بالاسلام ودارة خطا
ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له لانه لا وارث له بالفرض لان الماخوذ يملكه هو بل يوضع في بيت المال
وان كان قتل المسلم الذي لا وارث له والمستامن الذي اسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا ان لم
يكن معه وللصغير دخل الينا عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء اخذ الدية منه بطريق الصلح لا الجبر
لان موجب العمد عندنا القصاص عينا الا ان يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولي
المقتول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له وقد قدمنا الكلام على هذا
في باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت انفع للمسلمين من قتله لكن قد
يعود اليهم من قتله منفعة اخرى هي ان ينزجر امثاله عن قتل المسلمين فربما هو انفع في رواية وبما
ذكرنا ظهر ان الاولى ان يقول وهذا لان الدية قد يكون انفع والا كان تعين الصلح منه عليها واما
ان يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض ولو كان
المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطا فلا اشكال في وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل
والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالذي قبلها وهذا
عند ابي حنيفه ومحمد وقال ابو يوسف عليه الدية في ماله ولا اقتله لانه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه
ان كان ابن رشده وكالام ان كان ابن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفي كالمكاتب الذي قتل
اذا ترك الكتابة وترك وفا. ولكنا انه لا يعلم له ولي ولا هو في مظنته واحتمال كونه له في نفس الامر
لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه في نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفي.

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به المستامن ذميا ذكر ما ينوبه من الوظايف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في
ارضه وراسه وفي تعاريفهما كثرة فاوردهما في بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بغرض

ثم ذكر العشر فيه ايضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه
معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما خرج من نما الارض او نما الغلام وسمي به ما ياخذه
السلطان من وظيفة الارض والراس وحدد الاراضي العشرية والخراجية اولا لانه احاضبط فقال ارض
العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب وهو ما لتميم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لفظ ما في قوله
ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن وفي بعض النسخ وهي على الظاهر وحجر بفتح الجيم واسكانها خطا لان س
قال حدود ارض العرب ما وراء حدود الكوفه الى اقصى صخر باليمن فعلم انه حجر بالفتح والمراد الى اخر حجر
من اجزا اليمن وهو اخر حجر منها وهو حينئذ في اخر موضع من اليمن وقولهم من اول عدت القادسيه
الى اخر حجر يوجب ان ذلك اوله ما وراء ارض الكوفه هذا طولها وعرضها من رمل يبرين والدهنا ويعرف برمل
عالج الى مشارق الشام اي قراها وقد يعبر بمنقطع السماوه قال الكرخي وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة
واليمن والطايف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب تسمى جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات احاطت بها
وتسمى حجازا لانها حجز بين تهامة ونجد والسواد اي سواد العراق اي ارضه سمي به لكثرة احضراره وحده
من العذيب الى عقبة حلوان عرضا ومن العلث الى عبادان طولا ويقال من الثعلبية الى عبادان قيل هو
غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف هذا فارض العرب كلها عشرية لانه صلى الله عليه وسلم
والخلفا الراشدين بعده لم ياخذوا الخراج من ارض العرب ولو فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم
لقضت العادة بنقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل اقتضا العادة على انه لم يقع ولان شرط الخراج
ان يقر اهلها عليها على كفرهم كما في سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام او لا يقتلون ولانه كالرق
على العرب فكذا لا خراج على ارضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجي لان عمر رضي الله عنه وضع عليه
الخراج بحضرة من الصحابة وهو اشهر من ان ينقل فيه اثر معين وانما يحتاج الى ذلك في تقدير الموضوع
قوله ووضع على مصر الخ اسند الواقدي الى مشيخة من اهل مصر ان عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح
ما فيها وعزل منها مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على روسهم والخراج على اراضيهم ثم كتب
الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك واسند ايضا الى عمرو بن الحرث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية
اهل مصر وخراجها الى عمر رضي الله عنه كل سنة بعد حبس ما يحتاج اليه ولقد استبطاه عمر في الخراج سنة
فكتب بكتاب يلومه فيه ويشدد عليه وهذا يخالف ما ذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا على يدي
عمرو بن العاص واما وضع الخراج على اهل الشام فمعروف ومدن الشام فتحت صلحا واراضيها عنوة
على يدي يزيد بن ابي سفيان وشرحبيل بن حسنه وابي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت اجنادين
صلحا في خلافة ابي بكر رضي الله عنه وفي ذا الحا الفتح في المشهور والكسر **قوله** وارض السواد مملوكه لاهلها
يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لان الامام اذا فتح ارضا عنوة له ان يقر اهلها عليها ويضع عليها
الخراج وعلى روسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقدمناه من قبل في باب قسمة الغنايم ومذهب
مالك والشافعي واحمد انها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات **قوله** وكل ارض اسلم اهلها
عليها او احرزوا املكهم فيها او فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهي عشرية لان الحاجة الى ابتدا التوظيف
على المسلم والعشر اليق به لان فيه معنى العبادة ولانه اخف حيث يتعلق الواجب بنفس الخارج فلا يوخذ الا ما لم
يكن خارج فهذا اليق بالمسلم وكل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحا

الى ابتدا التوظيف على الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع
وفيه نظر نذكره في اخر الفصل ان شا الله تعالى ومكة مخصوصة من هذا العموم فانها فتحت عنوة على ما قدمنا
في باب الغنايم وقسمناها مما لا يشك معه انها فتحت عنوة ولم يوظف عليها خراجا ولنخص هذا المكان بحديث
زيادة على ما في باب الغنايم اخرجه مسلم عن ابي هريرة رضي الله عنه انه ذكر فتح مكة فقال اقبل رسول الله
صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضي الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على
المجنبة الاخرى وبعث ابا عبيدة على الحسر فاخذوا بطن الوادي ورسول الله صلى الله عليه وسلم في
كتيبته قال فنظر الي وقال يا ابا هريرة قلت لبيك يا رسول الله قال اهتف لي بالانصار فلا ياتيني الا انصاري
فهتف بهم فجاوا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم ووبشت قريش اوباشها فقال لهم الا ترون
الى اوباش قريش واتباعهم ثم قال بيده فضرب باحداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافوني
على الصفا قال ابو هريرة فانطلقنا فما شا احد منا ان يقتل ما شاء منهم الا قتله الحديث بطوله
فاضمم هذا الى ما هناك وقد ذكر العتيبي ما فتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس واصبهان
فتحت عنوة لعمر رضي الله عنه على يدي ابي موسى وعثمان بن ابي العاص وعتبة بن غزوان وكانت اصبهان
على يدي ابي موسى خاصة واما خراسان ومرو روذ ففتحا صلحا في خلافة عثمان على يد عبد الله بن عامر بن كريز
واما ما وراءها فافتتح بعد عثمان على يدي سعيد بن عثمان بن عفان لعا وية صلحا وسمرقند وكش ونسف
وبخاري بعد ذلك على يد المهلب بن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فافتتحها ابو موسى في خلافة
عثمان صلحا وفي ولايته فتحت طبرستان على يدي سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلا والطالقان ودنباوند
سنة سبع وخمسين ومايه واما جرجان ففي خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان
فتحهما عبد الله بن عباس في خلافة عثمان صلحا واما فتح الجبل كله عنوة في وقعة جلولا ونهاوند على يدي
سعد والنعمان بن مقرن واما الجزيرة ففتحت صلحا على يدي عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات
ودجلة والموصل من الجزيرة واما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة
الجندل واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رضي الله عنه واما الهند فافتتحها القاسم بن محمد الثقفي سنة ثلاث
وتسعين **قوله** وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ما الانهار الى اخره قد علم من عادة المصنف
انه اذا وقعت مخالفة بين ما في القدوري والجامع او زيادة في الجامع يقول بعد لفظ القدوري
وفي الجامع الصغير الخ وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدوري كل ارض فتحت عنوة واقر اهلها عليها
فهي ارض خراج مطلق فهو اعم من ان يصل اليها ما الانهار او لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع
فيه خراجيتها بان يصل اليها ما الانهار ونحن نقطع ان الارض التي اقر اهلها عليها لو كانت تسقى بعين او بما
السما لم تكن الا خراجية لان اهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم ارض عشرية ومعلوم ان العشرية قد تسقى
بعين او بما السما لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدا
الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك اما في الابتدا فهو ايضا ممنوع والعبارة
التي نقلها عن الجامع في غاية البيان ليست كما في الهداية فانه قال في لفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة قال كل ارض فتحت عنوة بالقتال فصارت ارض خراج وكل شي يصل اليها ما الانهار فهي
ارض خراج وكل شي لم يصل اليها ما الانهار واستخرج فيه عين فهي ارض عشر والاراضي التي اسلم اهلها عليها

فهي ارض عشر فقوله وكل شي يصل اليها ماء الانهار فهي ارض خراج عطف على كل ارض فتحت عنوة والعطف
يوجب المغايرة فيصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج وكل ارض لم تفتح عنوة ووصفها انها يصل
اليها ماء الانهار فهي ارض خراج • وحاصله تقسيم ارض الخراج الى ما يفتح عنوة والى ما لم يفتح عنوة لكنها لا تسقى
بماء الانهار نعم يجب تقييد الاول بان يقر اهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوما اذ لا يبتدا المسلم
في اول الفتح فقط بتوظيف الخراج في الاراضي المقسومة كما يجب تقييد الانهار بانها لا تكون خراجيه ما لم يكن الانهار
العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التي فتحت عنوة ان اقر الكفار عليها لا يوظف عليهم الا الخراج وان سقيت
بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا يوظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد
الارض التي احياها محيي فان التي فتحت عنوة مما يبتدا فيها التوظيف غير المقسومة والمقر اهلها عليها ليس الا
الموات التي احييت ويصير المعنى كل ارض فتحت عنوة صارت ارض خراج اذا اقام اهلها عليها وكل ارض لم
تفتح عنوة بل احياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهي خراجية او ماء عين ونحوه فعشريه وهذا
قول محمد وهو قول ح • ولو شرحه هكذا استغني بها عن ذكر المسلة التي تليه فانها هي • وحاصلها ان محمدا
قال فيمن احيا ارضا ميتة ببير حفرها او عين استخرجها او ماء دجلة والفرات وباقي الانهار العظام التي لا يملكها
احد او بالمطر فهي عشريه وان احياها بما الانهار التي سقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك
من العجم فهي خراجيه لان الاعتبار في مثله للما لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم
ابتداء كرها فيعتبر السقي لان السقي بما الخراج دلالة على التزامه فيصير خراجيه • وعند س يعتبر حيزها اي ما
يقرب منها فان كانت من حيز اراضي الخراج اي بقربه فخراجيه وارض العشر فعشريه لان القرب من اسباب الترجيح
فيترجح كونها خراجية بالقرب من اراضي الخراج وعشريه كذلك واصله افنيه الدور واعطي له في الشرع
حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له ومن اجل ان له حق الانتفاع لو قال المستاجر
للاجرا هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستاجر
لان كونه فنا بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القا الطير والحفر وربط الدابة غير ان س
استثنى البصرة من ضابطه فانها عشريه عنده وان كانت من حيز ارض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشريه
كما ذكره ابو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج
على المسلم الخ ان المراد بموضوع المسلة اعني قوله ومن احيى ارضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك لانه لو احياها
ذمي كانت خراجيه سوا سقيت عند محمد بما السماء او نحوه او لا وسوا كانت عند س من حيز ارض الخراج او العشر
وظهر منه ايضا ان كون المسلم لا يبتدا بتوظيف الخراج كما ذكر محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع
يستدعي ذلك وهو السقي بما الخراج وهذا لان الخراج جزا المقاتلة على حمايتهم فما يسقى بما حموه وجب فيه
قوله والخراج الذي وظفه عمر رضي الله عنه على اهل السواد من كل جريب يبلغه الما قفيز هاشمي وهو
كصاع ثمانية ارطال خلافا لابي يوسف نص على انه الصاع ابو يوسف ومحمد فقال س حدثني السري عن الشعبي
ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الما عملت او لم تعمل
درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وهو عامر الشعبي • وقال محمد فما كان من ارض الخراج من عامر
او غامر مما يبلغه الما مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة
او مرارا او لم يزرعه كله سوا وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي

وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية ارطال والمراد من القفيز الماخوذ مما
زرع حنطة او شعيرا او عدسا او ذرة قال الطحاوي واستحسن في الدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب
ارض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع
قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجراب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في
اراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد
متعارف اهلها تقتضي ان الجريب يختلف قدره في البلدان ومقتضاه ان يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم
مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه ماية ذراع وعرف اخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ما قيل
الجريب ما يبذر فيه ماية رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم
والمعول عليه ما في الهداية وغيرها • واما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شي فيه من الخارج وفي
جريب الكرم المتصل والنخل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه وقيد بالاتصال
ليفيد انها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شي فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه
في المزروع وكذا لو غرس اشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة ارضها فهي كرم ذكره
في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو انبت ارضه كرما فعليه خراجها الى ان يطعم فاذا اطعم فان كان ضعف
وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان اقل فنصفه الى ان ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز
ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى ان يطعم الكرم ثم ذكر المص الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك
فقال انه بعث عثمان بن حنيف حتى مسح سواد العراق وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين
علي بن ابي طالب رضي الله عنهما حين آخا بين المهاجرين والانصار وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا
وثلاثين الف الف جريب • ووضع على ذلك ما قلنا وكان بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم قال الشارح
في قوله ووضع على ذلك ما قلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج ولا يخفى ان مرجع
اسم الاشارة الست والثلاثون الف الف اي وضع على الجريان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب الى قايل
هذا وقد تقدم رواية س به وهو منقطع لان الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه • واعلم ان الرواية عن
عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة • فروى ابن ابي شيبه ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله
الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على اهل السواد على كل جريب ارض يبلغه الما عامر او غامر درهما وقفيزا
من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب ارض
خمسة دراهم وخمسة اقفزة من طعام وعلى الكروم على كل جريب عشرة دراهم وعشرة اقفزة ولم يضع على
النخل شيا جعله تبعا للارض ثم حدثنا عن ابي اسامة عن قتادة عن ابي مجلز قال بعث عمر عثمان بن حنيف
على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب
القصب ستة دراهم يعني الرطبه وعلى جريب البر اربعة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين • وقال
ابو عبيد في كتاب الاموال ثنا هشيم بن بشير انا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون
السواد فساق الحديث بطوله الى ان قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من ارض اهل الذمة فجعل على جريب
النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر
اربعة دراهم وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال فاخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما

ورفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال قد رضي به فقد رايت ما هنا من الاختلاف وما لك رحمه الله
يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فيفوض الى اجارته كما هو الرسم الان في اراضي مصر
فان الماخوذ الان اجارة لا خراج الا ترى ان الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ما قلنا ان ارض
مصر خراجية والله اعلم كانه لموت المالكين شيا فشيا من غير اخلاف ورثة فصارت لبيت المال وينبغي على هذا
ان لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشيء منها لان نظره في مال المسلمين كنظر ولي اليتيم فلا
يجوز له بيع عقاره الا لضرورة كعدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت في فتوى رفعت الي في شراء السلطان
الاشرف برسباي لارض من وكيل بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذي ولاه فكتبت اذا كان
بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك واحمد في رواية كمالك وفي رواية في كل جريب حنطة او شعير درهم
والباقي كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحي فوضع على بعضها اقل
وبعضها اكثر لتفاوت الريع في ناحية دون ناحية وما قلنا اشهر رواية واوفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى
في اختلاف الوظيفة فقال ولان المؤن متفاوتة فالكرم اخفها مؤنة لانه يبقى على الابد بلا مؤنة واكثرها
ريعا والمزارع اقلها ريعا واكثرها لاحتياجها الى البذر ومؤنة الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس
والبذر في كل عام والرطاب بينهما لانها لا تدوم دوام الكرم وتكلف في عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب
لتفاوت المؤنة اصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر وما سقي بغرب او دالية ففيه
نصف العشر **قوله** وما سوى ذلك اي من الاراضي التي فيها اصناف غيرها وظف فيه عمر رضي الله عنه
كالزعفران والبستان وهو ارض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة واشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة
توضع على ذلك بحسب الطاقة فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران
كذلك ينظر في ذلك الى غلتها فان لم يبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع او الرطبة يؤخذ خراج
الرطبة او الكرم فالكرم وانما ينتهي الى نصف الخارج لان التنصيف بعد ما كان لنا ان نقسمهم ونملك رقاب
الاراضي والاموال عين الانصاف فان لم تطق ما وضع عليها بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج
كذا قاله في الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضي لا تطيق ان يكون الخراج خمسة بان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز ان ينقص
حتى يصير نصف الخارج انتهى وفي هذا لا فرق بين الارضين التي وظف عليها عمر رضي الله عنه او امام اخر مثل
وظيفة عمر ذكره في الكافي واما في بلد لو اراد الامام ان يبتدي فيها التوظيف فعند ابي حنيفة وابي يوسف
لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك واحمد ورواية عن ابي يوسف وقول الشافعي له ذلك يعني هذا
اذا كانت الارض التي تحتمل بعد الامام عمر رضي الله عنه بزرع الحنطة فاراد ان يضع عليها درهمين وقفيزا
وهي تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان هكذا نوه به ماذكرته من حمل الارض في
قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل ارض عمر رضي الله عنه ومنعه ابو يوسف بان عمر رضي الله عنه
لم يزد حين اخبر بزيادة طاقة الارض ففي البخاري من حديث عمرو بن ميمون اخاف ان تكونا حملتما
الارض ما لا تطيق فالا حملناها امرا هي له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق قال اخبرنا
معمر عن علي بن الحكم البناني عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر بن الخطاب فقال ارض كذا وكذا
يطيقون من الخراج اكثر مما عليهم فقال له ليس اليهم سبيل **قوله** وان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع
الماء عنها او اصطلم الزرع افة لا خراج عليه اما في غلبة الماء او انقطاعه فلانه فات التمكن من الزراعة

وهو النماء التقديري المعتبر في الخراج واما في الاصطلام فلفوت النماء التقديري في بعض الحول وكونه
ناميا في جميع الحول شرط كما في مال الزكوة او يدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج لان التمكن من الزراعة
قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم ان اكثر المشايخ حملوا
المذكور في الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة
ثانيا فان بقي لا يسقط الخراج لانه عطلها وفي الفتاوى الكبرى تكلموا ان المعتبر فيه زراعة الحنطة
والشعير ام اي زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيهما او مدة تبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته
ضعف الخارج والفتوى على انه مقدر بثلاثة اشهر وهو لا ينافي الوجه الثاني لان ادارة الحكم على حقيقة
الخارج ان اسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان واما الوجه الاول
فصريح في نفي الوجوب وان بقي امكان الزراعة الى اخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعادة الزرع
يستدعي مؤنا كالاول فان اخرج شيا فقصاراه ان يفي بالخراجين فاخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه
تخسير اصل مال الزارع وكذا ان زرع **قوله** وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن من الزراعة
كان ثابتا وهو الذي فوته اي فوت الريع وهذا يشترط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فاما
اذا لم يتمكن لعدم قوته واسبابه فللامام ان يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه
الباقي او يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة او يزرعها بنفقته من بيت المال وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من
يفعل ذلك باعها واخذ من ثمنها خراج السنة المنسلخة ودفع باقي الثمن لصاحبها ثم استمر باخذ الخراج من
المشتري وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا في
الحجر على المكاري المفلس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع في اثناء السنة فان بقي منها قدر ما يتمكن
المشتري من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن ابي يوسف انه يدفع للعاجز من بيت المال قرضا ليعمل
فيها صحيح ايضا ومن فروع ما اذا انتقل الى احسن الامرين من غير عذر بان كانت مثلا يزرع الكرم
فزرعها حبوبا اخذ منه خراج الاعلى وهو الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة على المسلمين قالوا لا يفتى بهذا
لما فيه من تسليط الظلمة على اموال المسلمين اذ يدعي كل ظالم ان ارضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه
صعب **قوله** ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على حاله وعند مالك والشافعي يسقط عنه
الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك في رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج
لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله لما قلنا من ان فيه معنى المؤنة كالعشر والاخر
لا تخلو منهما فالبقاء ما تقرر واجبا اولى ولان وضع عمر بموافقة جماعة من الصحابة ما كان الا ليجد
الذين يجيئون من المسلمين بعد اهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدي الى فوات هذا المقصود
فان الاسلام غير بعيد لعله لمخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه او تقية من الكلفة ويحتم المشايخ الزراعة
ثم دفع حق النصف للغير قال المصنف وقد صح ان الصحابة اشتروا اراضي الخراج وكانوا يؤدون خراجها
قال البيهقي قال الشيخ ما قال انه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن علي ولشريح ارض الخراج
نقل انتفا كراهة تملكها ثنا مجالد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمي انه قال لعمر بن الخطاب
رضي الله عنه اني اشتريت ارضا من ارض السواد فقال عمر انت فيها مثل صاحبها قال البيهقي واخبرنا ابو سعيد
ثنا ابو العباس الاصم ثنا الحسن بن علي بن عفان ثنا يحيى بن ادم ثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب

قال اسلمت امراة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان اختارت ارضها وادت
ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين ارضهم • وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة
ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال اسلمت امراة من اهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب
رضي الله عنه ان اختارت ارضها وادت ما على ارضها فخلوا بينها وبين ارضها والا فخلوا بين المسلمين وبين
ارضهم • وروى عبد الرزاق وابن ابي شيبة ثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب ان دهقانة
من ارض نهر الملك اسلمت فقال عمر ادفعوا اليها ارضها تودي عنها الخراج وقال ابن ابي شيبة وعبد الرزاق
في مصنفيهما ثنا هشيم بن بشير عن شيبان ابي الحكم عن زبير بن عدي ان دهقانا اسلم على عهد علي فقال له
علي ان اقمت في ارضك رفعنا عنك الخراج عن راسك واخذناها من ارضك وان تحولت عنها فنحن احق بها
وقال ابن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا
اذا اسلم وله ارض وضعنا عنه الجزية واخذنا خراجها قال المصنف فدل على جواز الشرا واخذ الخراج واداه
للمسلم من غير كراهة وصرح في الكافي الحاكم بنفي الكراهة قيل ولو كان من المسلم كان اولى لو هو بناء على
بلفظ اخذ وهو غير المقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام اخذ
الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شرا المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك للاخذ منه هل يكره
له ذلك او لا فيجب لفظ المسلم المتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة لا كما يقول
بعض المتقشفة رحمة الله عليهم من كراهة ذلك لما روي انه عليه الصلاة والسلام راى شيئا من آلات
الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنا منهم ان الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد
ان المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا اذناب البقر فقعدوا عن الغزو كر عليهم عدوهم فجعلوهم
اذلة لا لما ذكروه اذ لا شك في انه يجوز للمسلم التزامه ما لا يجب عليه ابتدا الا يرى انه لو تكفل عن ذمي
جاز بلا كراهة **قوله** ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وقال الشافعي ومالك واحمد يجمع بينهما
لانهما حقان مختلفان ذاتا فان العشر مونة فيها معنى العبادة • والخراج مونة فيها معنى العقوبة
ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج تحقيقا
وسبب الخراج الارض النامية تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقرا • ومصرف الخراج المقاتلة وقد
تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج قال المصنف ولنا
قوله عليه السلام لا يجتمع عشر وخراج في ارض مسلم وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى
ابن عنبسة ثنا ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى الغاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب
على ابي حنيفة وانما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى وصله نعم انما روي عن التابعين
مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه ورواه ابن ابي شيبة نحوه عن الشعبي ثنا ابراهيم بن المغيرة ختن
لعبد الله بن المبارك عن حرم السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض وقال ثنا ابو تميلة ثنا يحيى
ابن واضح عن ابي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذاهب
بعض التابعين ولم يرفعوه ليكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع بينهما مذهبا لجماعة اخرين
فهذا نقل المذاهب لا استدلال • واما قوله ولان احدا من الايمة فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ

عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى الملاك فلم يتعين قول
صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي ان ليس عمر رضي الله عنه على
منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لاثاره وما ذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب المسايل في مسئلة
خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه يفيدك ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما
معا الارض ولا نمنع ان يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع ان العمومات تقتضيه
مثل قوله عليه السلام ما سقت السما ففيه العشر فانه يقتضي ان يوخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد
الحكم واتحاده بتعدد السبب والعادة وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية الا انه يعتبر النما
في العشر تحقيقا لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره • وفي الخراج تقديرا ولهذا نصا فان اليها
فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النما التقديري غير الارض
مع التحقيقي مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد السبب اتحد الحكم
وصار كزكوة التجارة والسايمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يبقى
الغنم مع السوم غيرها مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب **واما قوله** ولان الخراج يجب في
الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا اسلم اهلها عليها ولازم الاول الكره ولازم الثاني
الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فمعلوم ان بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا اقر
اهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما ان بعض صور الخراج لا
يكون مع العنوة والقهر بل للصلح او بان احياها وسقاها بما الانهار الصغار او كانت قريبة ارض الخراج
على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن ان الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم لم
ياخذوا عشرا من ارض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل اخذهم الخراج لهذا تقتضي العادة وكونهم
فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد ارايت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج
على اهل الكفر يقرب ان يتولوا اخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤتمنون
على ادايه من طيب انفسهم واذا كان الظن عدم اخذ الثلاثة صح دليلا لفعل الصحابة خصوصا الخلفا الراشدين
ويكون اجماعا • وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان والعشر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم
وكذا الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع
وكذا الزكوة مع احدهما او العشر او الخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى ارض عشر او خراج بقصد
التجارة عليه العشر او الخراج وليس عليه زكوة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج الزم للارض
خلاف الزكوة لانها يشترط فيها ما لا يشترط فيهما **قوله** ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر
رضي الله عنه لم يوظفه مكررا بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمنا ذكرها وقد يواريها تعلق الخراج
بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو
زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها
لا يوخذ شي فان اثبت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك
ليس في الغالب ان يعطل الارض عن الزراعة بالكلية ويوخذ الخراج من ارض المراة والصبي والاراضي
الموقوفة لان وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي ان يطالب به

الناظر **باب الجزية** هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول
لقوته اذ يجب اسلموا او لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه
اذا اطلق الخراج يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الراس وعلامة المجاز
لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كلحية ولحى وهي في اللغة الجزا وانما بنيت على فعلة للدلالة على
الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطا على ما سيعرف وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح
عليها فيتقدر بحسب ما عليه الاتفاق فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر واصله صلح رسول الله صلى الله
عليه وسلم اهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على الفي حلة في العام على ما في ابي داود عن عبد الله
ابن عباس رضي الله عنه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر
والنصف في رجب انتهى. وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على ان يؤخذ من كل منهم ضعف ما
يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكوة قال ابو يوسف في كتاب الخراج
وابو عبيدة في كتاب الاموال في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة اوقية
يعني قيمتها اوقية وقول او لو الحي كل حلية خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية اربعون درهما والحلة
ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من روسهم واراضيهم قال في الفاطمة على
اراضيهم وعلى جزية روسهم يقسم على روس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان
بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي وتغلبي والمراة والصبي في ذلك سوا في اراضيهم في
اراضيهم. واما جزية روسهم فليس على النسا والصبيان انتهى يعني ان ما وقع عليه الصلح يؤخذ سوا
باع بعضهم ارضه او لم يبع ثم اذا باع ارضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشتري
المسلم وعشرين من التغلبي المشتري. وقول المصنف وما يتحمله غير صحيح وكذا قوله بني نجران فان نجران اسم
ارض من حيز اليمن لا اسم ابي قبيله فلذا كان الثابت في الحديث اهل نجران. والضرب الثاني جزية يبتدي
الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار ففتح بلادهم واقرهم على املاكهم فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا
او ابوا رضوا او لم يرضوا فيضع على الغني في كل سنة ثمانية واربعين درهما بوزن سبعة يأخذ من
احدهم في كل شهر اربعة دراهم وعلى وسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير
المعتمل اثنا عشر درهما في كل شهر درهما واحدا. وقال الشافعي يضع على كل حالم اي بالغ دينارا او اثني
عشر درهما قال بعض مشايخهم الدينار في القواعد الشرعية بعشرة الا في الجزيه فانه تقابل باثني عشر درهما
لان عمر قضى بذلك وعند عامة اصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة. ويستحب للامام ان يماكسهم
حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني اربعة دراهم وقال مالك يؤخذ من الغني اربعون درهما او اربعة
دنانير ومن الفقير عشرة او دينار وقال الثوري وهو رواية عن احمد هي غير مقدرة بل يفوض الى راي
الامام لانه عليه الصلاة والسلام امر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى
نجران على الفي حله وعمر جعل الجزية على ثلث طبقات كما قلنا. وصالح بني تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين
فهذا يدل على انه لا تقدير فيها معين بل مفوض الى راي الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن احمد
روايتان اخريان احدهما كقولنا والاخرى كقول الشافعي. وجه قوله ما رواه الترمذي والنسائي
عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وامرني ان

اخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا او تبيعة ومن كل اربعين مسنة ومن كل حالم دينارا او عدله معافر
من غير فصل بين غني وفقير قال الترمذي حديث حسن وذكر ان بعضهم رواه عن مسروق عن النبي صلى الله
عليه وسلم مرسلا قال وهو اصح ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر
الحالمة. وفي مسند عبد الرزاق معمر وسفيان الثوري عن الاعمش عن ابي وائل عن مسروق عن معاذ ان
النبي صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن قال ومن كل حالم او حالمة دينارا او عدله معافر وكان
معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شئ وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال ابو عبيد اذا كان
في اول الاسلام نسا المشركين وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستضا الذلك بما روي الصعب بن جثامة
ان خيلا اصابت من ابنا المشركين فقال عليه السلام هم من ابائهم ثم اسند ابو عبيد عن الصعب بن جثامة قال
سالت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اولاد المشركين انقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم
يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافر ثوب منسوب الى معافر
ابن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوايد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب
اليه هذه الثياب المعافرية وهكذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع
باليمن ينسب اليه الثياب المعافريه وفي غريب الحديث للقتيبي البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن
وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطا عنده ولان الجزية انما وجبت بدلا عن
القتل والذل المرتب على من لم يجب قتله بسبب الكفر كالذراري والنسا وهذا المعنى ينتظم الغني والفقير
لان كلا منهم يقتل **قوله** ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن
ابن ابي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا ارضها
ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا اخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك
ثم عمل علي كذلك وروى ابن ابي شيبة ثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن ابي عون محمد بن عبيد الله الثقفي
قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على روس الرجال على الغني ثمانية واربعين درهما وعلى المتوسط
اربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا ابو نعيم
ثنا مندل عن الشيباني عن ابي عون عن المغيرة بن شعبة ان عمر وضع الخ. وطريق اخر رواه ابن سعد في
الطبقات الى ابي نضرة ان عمر وضع الجزية على اهل الذمة فيما فتح من البلاد فوضع على الغني الخ ومن طريق
اخر اسنده ابو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر انه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم
ثمانية واربعين واربعة وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير فحل محل الاجماع
ثم عارض المصنف معناه بقوله ولانه اي الجزية وجب نصرة للمقاتلة اي خلفا عن نصرة مقاتلة اهل
الدار لان من هو من اهل دار عليهم نصرهم وقد فاتت بميلهم الى اهل الدار المعاندين لنا لاصرارهم
على الكفر ولهذا اصرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين
فتختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغني لو كان مسلما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان يحضر راكبا
ويركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا معنى قول المصنف وذلك ان
النصرة تتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله يعني الجزيه والحقها بخراج الارض فانه وجب
على التفاوت واورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم ان لا يؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة

منهم عين او يطلب الامام منهم ذلك والحال انها تؤخذ منهم مع ذلك **اجيب** بان الشارع جعل نصرهم
بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه ان النصرة التي فاتت نصرة المسلمين بنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت
بالمال وليس نصرهم في حال كفرهم بتلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها وستعلم ان الجزية خلف عن قتله
ونصرهم جميعا **قال** وما رواه من وضع الدينار على الكل محمول على انه كان صلحا فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا
وقع على ذلك **قلنا** ولان اهل اليمن كانوا اهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم ففرض عليهم ما على الفقراء
يدل على ذلك ما روى البخاري عن ابن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شأن اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم
دينار **قال** جعل ذلك من قبيل اليسار هذا. ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة
الاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا ما لم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب
وعن بشر بن غياث من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فموسر وان كان بلا افضل فهو الوسط ولمن
لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل اي المكتسب **وقال** الفقيه ابو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك
الا ترى ان صاحب خمسين الفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا **وذكر** عن ابي نصر
محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في اخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل
وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء اما لو لم يعمل وهو
قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض **قوله** وتوضع الجزية على اهل الكتاب اليهود ويدخل فيهم السامرة
فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا انهم يخالفونهم في فروع والنصارى ويدخل فيهم
الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يدينون دين الحق من الذين
اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية. **واما** الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى او قال هم من اليهود
فهم من اهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان. **وفي** فتاوى قاضي خان
ويؤخذ الجزية من الصابئة عند ابي حنيفة خلافا لهما. **واطلق** اهل الكتاب فشمل اهل الكتاب من العرب
والعجم. **واما** المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن
ابن عوف ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ من مجوس هجر وهذا قول المص ووضع رسول الله صلى الله
عليه الجزية على المجوس وهجر بلد في البحرين **قوله** وعبدة الاوثان بالجر وتوضع على عبدة الاوثان
من العجم وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا انا عرفنا جواز تركه
الى الجزية في حق اهل الكتاب بالقران اعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية وفي المجوس بالخبر
الذي ذكرناه في صحيح البخاري فيبقى من وراءهم على الاصل ولنا انه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم
بجامع ان كلا من الاسترقاق والجزية يشتمل على سلب النفس منهم اما الاسترقاق فظاهر انه يصير منفعة
نفسه لنا وكذا الجزية لانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين والحال ان نفقته في كسبه فكان مؤدي حاجة
نفسه الينا او بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه
عام مخصوص باخراج اهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكرنا فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما
لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا اتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا
اتباعا في حقهم فكانت الجزية على الرجال واتباعه في المعنى ان كان له اتباع والا فهي عنه خاصة **قوله**
وان ظهر عليهم اي على من تقدم ذكرهم من اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك اي قبل وضع

الجزية فهم فيء وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية **قوله** ولا توضع الجزية على عبدة الاوثان
من العرب والمرتدين لان كفرهما يعني مشركي العرب والمرتدين قد تغلظ فلم يكونوا في معنى العجم اما العرب
فلان القران نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم اظهر فكان كفرهم والحالة هذه اغلظ من كفر العجم واما المرتدون
فلان كفرهم بعدما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه فكان كذلك فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام
او السيف زيادة في العقوبة لزيادة الكفر وعند الشافعي يسترق مشركو العرب وهو قول مالك واحمد
لان الاسترقاق اتلاف حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل. **ولنا قوله** تعالى تقاتلونهم او يسلمون
اي الى ان يسلموا وروي عن ابن عباس انه صلى الله عليه وسلم قال لا نقبل من مشركي العرب الا الاسلام او
السيف ذكره محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال او القتل مكان او السيف وعنه
صلى الله عليه وسلم لا رق على عربي واخرجه البيهقي عن معاذ ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان
ثابتا على احد من العرب رق لكان اليوم **وقال** المصنف وجوابه ما قلنا يعني من ان كفرهم اغلظ فلا يكون
له حكم الاخف منه **قوله** واذا ظهر عليهم اي مشركي العرب والمرتدين فنساؤهم وصبيانهم فيء
لانه صلى الله عليه وسلم استرق ذراري اوطاس وهوازن وابو بكر رضي الله عنه استرق بني حنيفة
اسند الواقدي في كتاب الردة له في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم
على ان يؤخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخرج
السلاح والكراع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين. واقرع على القسمين فخرج سهمه على احدهما وفيه
مكتوب لله قال الواقدي وحدثني ابو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن اسماء بنت ابي بكر
الصديق رضي الله عنها قالت قد رأيت ام محمد بن علي بن ابي طالب وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية
وسمي ابنها محمد بن الحنفية **قال** وحدثني عبد الله بن نافع عن ابيه قال كانت ام زيد بن عبد الله بن عمر
من ذلك السبي وحنيفة ابو حي من العرب سمي به لان حذيمة ضربه حين التقيا فحنف رجله وضرب
حنيفة بن لجيم بن صعب بن علي بن بكر بن وائل. **واعلم** ان ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام
بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وفي فتاوى قاضي خان **واما**
الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل ان يؤخذ فاخبر انه زنديق وتاب تقبل توبته فان اخذ ثم تاب
لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا يؤخذ منه الجزية
قوله ولا جزية على امراة ولا صبي وكذا على مجنون بالاخلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول
الشافعي وعن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك ولا على اعمى وزمن ولا المفلوج
وعن الشافعي يؤخذ منهم لاعتبارها اجرة الدار ولا يؤخذ من الشيخ الكبير الذي لا قدرة له على قتال
ولا كسب وعن ابي يوسف يؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له راي في الحرب
وجه الظاهر انه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله لما بينا والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل
كعلم زمنا وزمانة **قوله** ولا على فقير غير معتمل اي الذي لا يقدر على العمل وان احسن حرفة وعلى
قول الشافعي عليه الجزية في ذمته لاطلاق حديث معاذ وهو قوله صلى الله عليه وسلم حد من كل
حالم ولنا ان عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل اراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه
عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال ثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع ثنا ابو بكر العبسي

صله بن زفر قال ابصر عمر شيخا كبيرا من اهل الذمة يسال فقال له ما لك قال ليس لي مال وان الجزية
توخذ مني فقال له عمر ما انصفناك اكلنا شبيبتك ثم ناخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله ان لا تاخذوا
الجزية من شيخ كبير ولان خراج الارض كما لا يوظف على ارض لا طاقة لها فكذا خراج الراس بجامع عدم الطاقة
لحكمة دفع الضرر الدنيوي والحديث محمول على المعتمل بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المصرين بالاجماع
جمعا بين الدليلين • **فان قلت** ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل **قلنا** قد جاء في بعض طرقه على الغني
المكتسب اثني عشر اخرجه البيهقي لا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لانا نقول
ليس ذلك بلازم بل جاز ان يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل
اذا كان صحيحا في اكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل
منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام **قوله** ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد
لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى الاعتبار الاول يجب لان المملوك الحربي يقتل وعلى
الاعتبار الثاني لا يجب لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفا
الاصل وامكانه فقد ادير بين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك • **والوجه** ان يقال انها بدل عن القتل في
حقهم وعن القتال في حقنا جميعا ولا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء ولما
لما نذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا يجب بالشك بل لا يجب بلا شك
ثم لا يخفى ان ذكر ام الولد ليس على ما ينبغي فان من المعلوم ان لا جزية على النسا ولعله ابن ام الولد فسقطت
لفظة ابن **قوله** ولا يؤدي عنهم مواليهم يعني لما قلنا لا توضع جاز ان يقال انها توخذ من مواليهم
فيؤدون عنهم فازال هذا الاحتمال بقوله ولا يودي عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة في الجزية حتى
لزمهم جزية الاغنيا بسببهم فلا يوخذ منهم عنهم شي اخر والا كانوا ملزمين بجزيتين وتقرر بوجه اخر
وهو انهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شي اخر وهذا بنا على
ان غنى الملاك بهم لانهم مال ويجرون المال بالكسب **قوله** ولا توضع على الرهبان جمع راهب وقد
يقال للواحد رهبان ايضا وشرط ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم عليه الجزية هكذا ذكر القدوري
وذكر محمد عن ابي حنيفة انه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول ابي يوسف ووجه
الوضع انه الذي ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل ارض الخراج من الزراعة ووجه وضع الجزية عنهم
انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل ولا يخفى ان هذا اصل الشافعي
على ما تقدم انها عندنا بدل عن نصرتهم التي فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل فاذا صحة هذا الاعتبار
عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فمتى تخلف احدهما
انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قيل يجوز انه اراد من يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا
ويجوز ان يقول هولا لا يخالطون الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل **قوله** ومن اسلم وعليه جزية
بان اسلم بعد كمال السنة سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعي فيهما وكذا لو مات في اثناء
السنة او اسلم وفي قول الشافعي لا يسقط فيهما ايضا وعلى هذا الخلاف لو عمي او زمن او اقعد او صار شيخا
كبيرا لا يستطيع العمل او افتقر بحيث لا يقدر على شي له ان الجزية وجبت بدلا عن العصمة التي ثبتت
للذمي بعقد الذمة كما هو قول الشافعي او بدلا عن السكنى في دار الاسلام كما هو قول اخر وقد وصل اليه

المعوض وقد حقن دمه وسكناه الى الموت او الاسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا
في ذمته فلا يسقط بهذا العارض الذي هو موته او اسلامه كساير الديون من الاجرة والصلح عن دم العمد
فيما لو قتل رجل عمدا فصالح على مال ثم مات قبل ادايه • **ولنا** ما اخرجه ابو داود والترمذي عن جرير
عن قابوس بن ابي ظبيان عن ابيه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية
قال ابو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا اسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره
به سفيان الثوري رواه الدارقطني في معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من
اسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في سند الطبراني فهذا بعمومه يوجب
سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفايدة اذ عدم الجزية على
المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به من جهة الفايدة ليس كالاخبار لسقوطها في حال البقاء
وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه تعميم موته واسلامه ولهذا الحديث ونحوه اجمع المسلمون على
سقوط الجزية فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاول
بالاسلام وكذا خراج الارض ويرتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمته فذاك والا وجب
الاتباع على ان الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال في خراج الارض لانه مؤنة الارض
كي تبقى في ايدينا والمسلم ممن يسعى في بقايها للمسلمين بخلاف الجزية لانها اذلال ظاهر وصغار واما
الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية
فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحاق الخاص فضلا عن العام ليس كالمالك الخاص
قوله ولانها اي الجزية انما وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهي والجزا واحد وهو
يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك في انتفاء الاول ولذا اخذت
بطريق الاذلال بل هذا ضروري من الدين فتعين انها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة
كما ظنه فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه
ولان العقوبة الدنيوية لا تكون الا لدفع شر في الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذي يتوقع
بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق وقد اندفع بالموت والاسلام وهذا لا ينافي كونها بدلا اي
خلفا عن النصرة لنا فكانت عقوبة دنيوية على كفره الذي هو سبب حرابته دفعا لها باضعافه باخذها منه
بدلا من نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا ايضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة
على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام **واما قوله** انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالادمية على ما تقدم
من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به او لظهور خلاله منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله
بدلا عن السكنى قلنا الذي يسكن ملك نفسه فلا يكون اجره ولانه بعقد الذمة صار من اهل الدار فلا يوخذ
منه بدل تمكنه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية زالت بالكفر
وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكفي ما ذكرنا من الادلة انها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها لتمكن اقامتها
وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا يمكن من اقامة هذه
العقوبة على الاستمرار الا بعصمته **قوله** وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت اي الجزيتان الى اشتغل
الحولين لنا وليه بالسنتين ولا داعي الى ذلك من اول الامر وتقدير مضاف اي جزيتا حولين ولفظ

القدوري فيما ذكره الا انقطع وان اجتمع عليه حولان وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج راسه
حتى مضت السنة وجاءت السنة الاخرى لم يؤخذ منه خراج وهذا عنده وقالا يؤخذ منه فان مات
عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة اما مسئلة الموت فقد ذكرناها ٥
وقيل خراج الارض على هذا الخلاف فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ
منه ما مضى وقيل لا تداخل فيؤخذ ما مضى بالاتفاق لهما في الخلافية وهي تداخل الجزية لانها خراج
الراس وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وامكن استيفاؤها على الوجه المامور به تستوفى وقد امكن
فيما نحن فيه بعد توالي السنين لانه ما دام كافرا امكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال بخلاف
ما اذا اسلم لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره وانت تعلم ان كونها وجبت عوضا وكون المتحصل
منها اعواضا خلاف ما تقدم وانه يقول الشافعي اللهم فاذا اريد بالاعواض الاجزية الواقعة
عقوبة ثم عليها وجه ابي حنيفة القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا تتداخل كفارات الافطار في رمضان
مع انها عقوبة وعبادة غير ان المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة
محضة وقوله ولهذا الخ استيضاح على انها عقوبة يعني ان تعينها على يد نائبه لا يقبل منه في اصح
الروايات بل يكلف ان ياتي بها بنفسه فيعطي قائما والقابض جالس وفي رواية ياخذ بتلبيبه وهو
ما يلي صدره من ثيابه ويقول اعط الجزية يا ذمي وقبولها من النائب تفوت المامور به من الاذلال عند
الاعطا قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه اخرانها وجبت بدلا عن
القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا كما ذكرنا لكن في المستقبل يعني عن القتل في المستقبل ولان القتل
انما يستوفى في الجزاء القائم في الحال لا لحراب ماض لان الماضي وقعت الغيبة عنه بانقضائه فانقطعت الحاجة
فيه الى شيء من الاشيا وفي المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل اسداد لاذلال الكافر واستصغاره وهذا
المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة ثم قول محمد في الجامع وجاءت سنة اخرى حمله بعض المشايخ على مضي
السنة مجازا فقال الوجوب باخر السنة فلا بد من المعنى ليتحقق الاجتماع في الحولين او في الجزيتين فعند الكل
وعند البعض هو مجرى على حقيقته وهو ان يراد دخول السنة فان مجيء الشهر بمجيء اوله ومجيء السنة بمجيء
اولها والاصح هو هذا فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعي في اخره اعتبارا بالزكاة ولنا
انما وجبت الجزية بدلا عنه وهو النصرة والقتل لا يتحقق الا في المستقبل على ما قررناه من ان القتل
انما يستوفى لحراب قائم في الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك في المستقبل
خلافا لزكوة لان الوجوب في المال النامي فلا بد من الحول فيتحقق الاستنما فلم يجب قبله لعدم اتصافه
بذلك قبله ثم اقيم الحول مقام النما لانه المتمكن منه فصار المال به ناميا تقديرا **فصل** لما كانت
هذه احكام تتعلق بالذمي باعتبار غيره وما مضى باعتبار نفسه قدم تلك **قوله** ولا يجوز احداث
بيعة بكسر البا ولا كنيسة في دار الاسلام وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد
اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفي ديار مصر لا يستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين
ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار
هي التي تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار ما يخالفها فلا يجوز بخلاف القرى ثم ذكر ان في
قرى ديارنا ايضا لا تحدث في هذا الزمان والمروي عن صاحب المذهب يعني ابي حنيفة رحمه الله كان في

قرى الكوفة لان اكثر اهلها اهل ذمة بخلاف قرى المسلمين اليوم وكذا قال شمس الائمة في شرح كتاب الاجارات
الاصح عندي انهم يمنعون عن ذلك في السواد وان كان هو في السير الكبير قال ان كانت قرية غالب اهلها اهل الذمة
لا يمنعون واما القرية التي يسكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ما ذكرنا فصار اطلاق منع الاطلاق هو
المختار فصدق تعميم القدوري منعهما في دار الاسلام والصومعة وهو ما يبتني للتخلي عن الناس والانقطاع
فيها لهم مثلهما فيمنع ايضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال وان انهدمت البيع والكنائس القديمة اعادوها قال
المصران الابنية لا تبقى دائما ولما اقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير انهم لم يمكنوا من نقلها من مكان
الى اخر لانه احداث في ذلك المكان المنقول اليه فلا يجوز وفي هذا التعليل اشارة الى ان ذلك اذا كان باقرار
الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على اراضيهم سواء كان اماما في زمن الصحابة والتابعين
او بعدهم قيل امصار المسلمين ثلاثة احدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها
احداث بيعة ولا كنيسة ولا مجتمع لصلواتهم ولا صومعة باجماع اهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر
واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شيء بالاجماع وما كان
فيها شيء من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعي في قول واحمد في رواية يجب وعندنا ان جعلهم
ذمة امرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلواتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول الشافعي ورواية عن احمد
لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح
صلحا فان صالحهم على ان الارض لهم ولنا الخراج جاز احداثهم وان صالحهم على ان الدار لنا ويؤدون الجزية
فالحكم في الكنائس على ما يوضع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا ان الاولى ان لا
يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضي الله عنه من عدم احداث شيء منها وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز
الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع انتهى وقوله
يمنعون من شرب الخمر اي التجاهر به واظهاره وفي المحيط لو ضربوا الناقوس في جوف كنائسهم لا يمنع انتهى
وقال محمد كل قرية من قرى اهل الذمة او مصرا وحديثة لهم اظهروا فيها شيئا من الفسق مثل الزنا والفوا حش
التي يحرمونها في دينهم يمنعون منه وكذا عن المزامير والطنابير والغنا ومن كسر شيئا من ذلك لم يضمن
واعلم ان البيع والكنائس القديمة في السواد لا تهدم على الروايات كلها واما في الامصار فاختلف كلام
محمد فذكر في العشر والخراج تهدم القديمة وذكر في الاجارة انها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا راينا
كثيرا منها توالت عليها ائمة وازمان وهي باقية لم يامر بهدمها امام فكان متوارثا من عهد الصحابة وعلى
هذا لو مصرنا برية فيها دير او كنيسة فوقع في داخل السور ينبغي ان لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع
السور فيحمل ما في جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضا فادار العبيديون عليها السور ثم فيها
الان كنائس وبعيد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا في جوف المدن الاسلامية فالظاهر انها كانت في
الضواحي فادير السور فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الان في دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها
ينبغي ان لا تهدم لانها ان كانت في امصار قديمة فلا شك ان الصحابة او التابعين حين فتحوا المدينة علموا
بها او بقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم
ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرفنا انها فتحت صلحا حكمنا بانهم اقروها معابد فلا يمنعون من ذلك
فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخي اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا في كنائسهم

القديمة من ذلك مما احبوا فاما ان يخرجوا ذلك من الكنايس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية
واستدل المصنف على عدم الخلاف بقوله صلى الله عليه وسلم لا خصا في الاسلام ولا كنيسة قال المصنف
رحمه الله المراد احداثها وهذا لان البيعة قد تحققت كثير من الصحابة في الصلح وفي رواية البيهقي يصرح بذلك
في سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصا في الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه
ابو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله بن صالح ثنا الليث بن سعد ثنا توبة بن النمر الحضرمي قاضي مصر عمن اخبره عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال لا اخصاء في الاسلام ولا كنيسة قال وروي ابو الاسود عن ابن ابي لهيعة عن
يزيد بن حبيب عن ابي الخير قال قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا كنيسة في الاسلام ولا اخصا **وروي** ابن عدي
في الكامل بسنده الى عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبني كنيسة في الاسلام ولا يبني
ما خرب منها واعل بسعيد بن سنان واذا تعدد من طرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصا نزع الخصيتين
وقيل كناية عن التخلي عن اتيان النسا **قوله** وفي ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها فلا يحدث
فيها كنيسة ولا بيعة لانهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فايدة في اقرارها الا ان يتخذ له سكنى ولا يباع بها خمر
ولا في قرية منها ولا في ما من مياه العرب ويمنعون من ان يتخذوا ارض العرب مسكنا ووطنا بخلاف امصار المسلمين
التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان في
جزيرة العرب **اخرج** اسحق بن راهويه في مسنده انبانا النضر بن شميل ثنا صالح بن الاحوص ثنا الزهري
عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في مرضه الذي مات فيه لا يجتمع دينان
في جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال انبانا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب او قال بارض الحجاز دينان ورواه في الزكاة وزاد فيه فقال عمر لليهود
من كان عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليات به والا فاني مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك في مرض موته قال الدارقطني في علله هذا صحيح ورواه مالك
في الموطا قال مالك قال ابن شهاب ففحص عمر عن ذلك حتى اتاه اليقين ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
لا يجتمع دينان في جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر واجلى يهود نجران وفدك وفي صحيح البخاري ومسلم عن
ابن عباس رضي الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال اخرجوا المشركين من جزيرة العرب
وجزيرة العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر
الى اطراف الشام وسميت جزيرة لانحسار المياه التي حواليها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل
لان حواليها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الازهري سميت لان بحر فارس وبحر السودان احاطا
بجانبها الجنوبي واحاط بالجانب الشمالي دجلة والفرات وقال المنذري في مختصره قال بعضهم جزيرة العرب
المدينة نفسها وروي انها الحجاز واليمن واليمامه وحكى البخاري عن المغيرة قال هي ارض مكة والمدينه
قوله ويوخذ اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم نفسهم وفي مراكبهم وسروجهم وقلانسهم وحاصل
هذا ان اهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كيلا يعامل
معاملة المسلم من التوقير والاجلال وذلك لا يجوز وربما يموت احدهم فجاة في الطريق ولا يعرف
فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يامرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم
لجميع اهل المدينة ولم يكن لهم زي يمتاز به على المسلمين واذا وجب التمييز وجب ان يكون فيه صغار لا اعزاز

لان اذلالهم لازم بغير اذى من ضرب او صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة ولذا امروا
بالكستيجات وهو خيط في غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم لان
فيه جفا بالمسلمين اي اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين في الدين
فربما يرون تجملهم فيقولون الكفار احسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب واليه
اشار تعالى بقوله ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا الخ تنبيها على خسة
الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لباس الثياب
الفاخرة التي تعد عند المسلمين فاخرة سوا كانت حريرا او غيره كالصوف المربع والجوخ الرقيق والابراد
الرفيعة اولى ولا شك في وقوع خلاف هذا في هذه الديار ولا شك في منع استكتابهم وادخالهم في
المباشرة التي يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره
منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يوخذون بالركوب على سروج فوق الحمر
كهيئة الاكف او قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار المتاخرون ان لا يركبوا اصلا الا اذا خرجوا الى
ارض قرية او نحوه او كان مريضا اي الا ان يلزم الضرورة فيركب ثم ينزل في مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا
يحملون السلاح ويضيق عليهم الطريق ولا يبدا بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف ان المقصود
العلامة فلا يتعين ما ذكر بل يعتبر في كل بلد ما يتعارفه اهله وفي بلادنا جعلت العلامة في العمامة فالزم
النصارى العمامة الزرقا واليهود العمامة الصفرا واختص المسلمون بالبيضا وكذا يوخذ نساوهم
بالزي في الطرق فيجعل على ملاة اليهودية خرقة صفرا وعلى النصرانية زرقا وكذا في الحمامات وكذا
تميز دورهم عن دور المسلمين كيلا يقف سايل فيدعو لهم بالمغفرة او يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين
ويمنعون من لباس يخص اهل العلم والزهد والشرف ويجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون ولا يلبسوا
طيالسة كطيالسة المسلمين ولا اردية كارديتهم هكذا امروا واتفقت الصحابة على ذلك **قوله**
ومن امتنع عن اداء الجزية او قتل مسلما او زنا بمسلمة او سب النبي صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده بل يصير
مباح الدم باعتبار انه لا عهد له عندنا وقيد باداها لانه لو امتنع من قبولها انتقض عهده وقال الشافعي
ينتقض عهده بالامتناع عن اداء الجزية وقبول احكام الاسلام ولا ينتقضه بزناه بمسلمة او ان يصيبها
بنكاح او ان يفتن مسلما عن دينه او يقطع الطريق او يدل على عورات المسلمين او يقتل مسلما وهو قول مالك
واحمد فيما عدا اكراه المسلمة على الزنا لانه ينتقض عهده بذلك وفيما سوى سب النبي صلى الله عليه وسلم
فانه يقتله به ان لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول واحمد في رواية وللشافعي فيما اذا ذكره
تعالى بما لا ينبغي وسبه صلى الله عليه وسلم قولان اخران احدهما لا ينتقض والاخر ينتقض وجه قوله
هذا انه بذلك ينتقض ايمانه لو كان مسلما فينتقض به امانه اذا عقد الذمة خلف عن الايمان في افادة
الامان فما ينقض الاصل ينقض الخلف الادنى بالطريق الاولى **وروي** بسنده عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر
ان رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود
على هذا قال المص ولنا ان سبه صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي كما هو ردة من المسلم والكفر المقارن
لعقد الذمة لا يمنع عقد الذمة في الابتداء فالكفر الطارى لا يرفعه في حال البقاء بطريق اولى **يؤيده**
ما روي عن عايشة رضي الله عنها ان رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك

فقال وعليكم قالت فهمتها وقلت عليكم السام واللعنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مهلا
يا عايشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله الم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه
وسلم قد قلت وعليكم ولاشك ان هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضا للعهد لقتلهم
لصيرورتهم حربيين قالوا وحديث ابن عمر اسناده ضعيف وجاز ان يكون قد شرط عليهم ان لا يظهروا
سبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي ان سبه صلى الله عليه وسلم او نسبة ما لا ينبغي الى الله تعالى
ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد اليه تعالى وتقدس عن ذلك اذا اظهره يقتل به وينتقض عهده
وان لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي
هو المراد بالاعطا مقيد بكونهم صاغرين اذلا بالنص ولا خلاف ان المراد اذا استمر ذلك لا عند مجرد
القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد قبول الجزية دافعا لقتله لانه الغاية في التمرد وعدم الالتفات
والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتل وهو ان يكون صاغرا
ذليلا واما اليهود المذكورون في حديث عايشة فلم يكونوا اهل ذمة بمعنى اعطايهم الجزية بل كانوا
اصحاب موادعة بلا مال يوخذ منهم دفعا لشرهم الى ان مكن الله منهم لانه لم يوضع جزية قط على اليهود
المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا يوجب انه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا
عليه حل للامام قتله او يرجع الى الذل والصغار **قوله** ولا ينتقض عهده الا ان يلحق بدار الحرب
او يغلبوا اي اهل الذمة على موضع قرية او حصن فيحاربونا لانهم بكل من الخصلتين صاروا حربا علينا
وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم فيعرى عن الفايدة فلا يبقى واذا انتقض عهده فحكمه حكم
المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات وان تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا
يبطل امان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم
ماله بين ورثته وكذا في حكم ما حمله من ماله الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيا
لعامة المسلمين كالمرتد اذا لحق بماله ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام واخذ من ماله وادخله
دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة احق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين
اخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق ففي رواية يكون فيا وفي رواية لا ولا يبعد ان يقال انتقاله الى المكان
الذي يغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب وان لم يكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما
وقوله الا انه لو اسر يسترق استثنا من قوله هو بمنزلة المرتد بخلاف المرتد اذا لحق ثم ظهر على الدار
فاسر لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم ولنا ان نجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم
بالذمة الاسلام بل احكامه فجاز ان يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد ان يعود اليه
اما اذا اسر بعد ولم يقبلها حتى اخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزيه **فصل**
في احكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم مخالف لساير النصارى وتغلب بن وايل من العرب من
ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضي الله عنه الى الجزية فابوا وانفوا
وقالوا نحن عرب خذ منا كما ياخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا اخذ من مشرك صدقة فقال
النعمان بن زرعة يا امير المومنين ان القوم لهم باس شديد وهم عرب يانفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك
بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة

على ذلك ثم الفقها **وفي رواية** ابي يوسف بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي انه قال
لعمر رضي الله عنه ان بني تغلب الحديث الى ان قال فصالحهم عمر رضي الله عنه على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم
في النصرانية ويضاعف عليهم في الصدقة وعلى ان تسقط الجزية من روسهم انتهى ففي كل اربعين شاة لهم
شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مايه وعشرين ففيها اربع شياه وعلى هذا في البقر والابل ثم اختلف الفقها
هل هي جزية على التحقيق من كل وجه او لا فقيل من كل وجه فلا يوخذ من المراة والصبي فلو كان للمراة
ماشية ونقود لا يوخذ منها شي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة قال الكرخي وهذه الرواية اقيس
وهو قول الشافعي لان الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع
المستحق يويده قول عمر رضي الله عنه هذه جزية سموها ما شيتم وقال اصحابنا واحمد وان كان جزية
في المعنى فهو واجب بشرايط الزكوة واسبابها اذ الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرايط الجزية
من وصف الصغار فيقبل من النايب ويعطي جالسا ان شا ولا يوخذ بتلبيبه والمصرف مصالح المسلمين
لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية والمراة من اهلها ومن اهل ما يجب من المال بالصلح فيوخذ منها
بخلاف الصبي والمجنون لا يوخذ من مواشيهم واموالهم لعدم وجوب الزكوة عليهم عندنا بخلاف
ارضهم فيوخذ خراجها لانها وظيفة الارض وليست عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل
ما ذكر نفيد انه روعي في الماخوذ جهة الجزية في المصرف وفيما سوى ذلك روعي جهة الزكاة اما الاول
فلانها حقيقة الجزية واما الثاني فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التي وجبت بالصلح
وقد علمت ان الجزية قسمان قسم تجب بالصلح فيتعين على الوجه الذي وقع عليه الصلح كيف ما وقع
والذي راعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التي يبتدئ الامام وضعها شا او ابوا
على ما تقدم **قوله** ويوضع على مولى التغلبي اي معتقه الخراج اي الجزية وخراج الارض وقال
زفر يضاعف عليه ما يوخذ من المسلمين كالتغلبي نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم وهذا
الحديث استدل للشافعي في الزكوة على حرمان مولى الهاشمي الزكوة فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبي
وجميع الاحاديث المذكورة في هذا الفصل تقدم الكلام عليها في كتاب الزكوة من هذا الكتاب ولنا
ان هذا اي وضع الصدقة المضاعفة تخفيف اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة برعيتهم في ذلك
واستثنا فهم ما سواه والمولى لا يلحق بالاصل فيه اي في التخفيف الا يرى ان الاسلام اعلى اسباب التخفيف
ولو كان المسلم مولى نصراني وضعت عليه الجزيه لم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يثبت التخفيف
الثابت بوصف التغلبية اولى بخلاف حرمة الصدقات على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات
تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمي به وينتقض بمولى الغني يحرم الصدقة على معتقه ولم يتعد اليه فلاد
لا يلزم لان الغني من اهل الصدقة في الجملة الا يرى انه لو كان عاملا عليها اعطي كفايته منها وانما
الغنى مانع من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق في حق سيده ولم يتحقق في المولى فخص المولى اما الهاشمي
فليس باهل لهذه الصلة اصلا لشرفه وكرامته لا نساخها ولهذا لا يعطى منها لو كان عاملا فالحق به مولاه
لان التكريم ان لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبته فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله
صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم **اجيب** بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمي
لا ينزل منزلته في الكفاة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاة والامامة فخص

بالمعنى الذي ذكرناه ايضا وهو انه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف الى المولى الاسفل بدليل التخفيف
بالاسلام لم يتعد الى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما ان نقيضه المولى الاسفل ينسب الى
مولاه وَوجه اخر بان لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث
به في منع الزكوة وهو ما روي انه صلى الله عليه وسلم استعمل ارقم بن ارقم على الصدقات فاستتبع ابا رافع
مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان
مولى القوم منهم فاذا علم عدم عمومه فليختص بسببه وهو الزكوة واما الجواب بان قيل لم يوافق زفر احدا
من الفقهاء فقيل بل قوله مروي عن الشعبي **قوله** وما جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما
اهداه اهل الحرب الى الامام والجزية تصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وهي مواضع يخاف هجوم العدو
فيها من دار الاسلام وبناء القناطر والجسور وهي ما توضع ويرفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة حكم بناؤها
ولا يرفع ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه ارزاق المقاتلة وذراريهم
فانه يجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوها من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا
لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل
بسبب القتال لانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين
وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد ابي شجاع انه يعطى ايضا للمعلمين والمتعلمين
وبهذا يدخل طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل ان يتاهل عامل لنفسه لكن يعمل بعد للمسلمين
قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطا لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمي عطا
فلا يملك قبل القبض فلا يورث ويسقط بالموت وهذا لانه مات قبل تاكد حقه بمجيء وقت المطالبة
والحق الضعيف لا يجري فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تاكد بسهمه بعد الاحراز
بدار الاسلام قبل القسمة على ما اسلفناه وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر
بانه اذا مات اخرها يعطى ورثته قالوا لا يجب ايضا ولكن يستحب لانه او في عناه اي تعبه في عمله للمسلمين
فيستحب ان يعطى وعلى شمس الايمة عدم وجوب اعطائه بعد ما تمت السنة ايضا بما ذكرنا في نصفها فافاد
انه لم يتاكد الحق بعد ما تمت السنة ايضا معولا على انه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضي قصر
الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تاكد باتمام عمله في السنة
كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتاكد الحق وان لم يثبت له ملك وقول فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند اخرها يستحب ان يصرف ذلك الى ورثته فاما
قبل ذلك فلا الا على قدر عنائه يقتضي ان يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطى
اخر السنة ولو اخذ في اخرها ثم مات او عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المراة النفقة
لا يجب وقال محمد احب الي رد الباقي كما لو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود
وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان والتمرتاشي
والعطا هو ما يثبت في الديوان باسم كل من ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا انها شهرية
والعطا سنوي **باب احكام المرتدين** لما فرغ من بيان احكام الكفر الاصلي
شرع في بيان الكفر الطاري والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام **قوله** واذا ارتد المسلم عن

الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة ابداها كشفت عنه لانه عساه اعترته اي
عرضت له شبهة فزاح عنه وفيه دفع شره باحسن الامرين وهما القتل والاسلام واحسنهما الاسلام ولما
كان ظاهر كلام القدوري وجوب العرض قال الا ان العرض على ما قالوا المشايخ غير واجب بل مستحب لان الدعوة
قد بلغته وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة **قوله** ويحبس
ثلاثة ايام فان اسلم فيها والا قتل وهذا اللفظ من القدوري يوجب وجوب الانظار ثلاثة ايام على ما عرف
من الاخبار في مثله فذكر عبارة الجامع وهو قوله وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان ابى قتل اي
مكانه فانه يفيد ان انظاره الايام الثلثة ليس واجبا ولا مستحبا وانما تعينت الثلاثة لانها مدة ضربت
لابلاء الاعذار بدليل حديث حبان بن منقذ في الخيار ثلاثة ايام ضربت للتامل لدفع الغبن وقصة موسى صلى الله
عليه وسلم مع العبد الصالح ان سالتك عن شيء بعدها وهي الثالثة الى قوله قد بلغت من لدني عذرا وعن
عمر ان رجلا اتاه من قبل ابي موسى فقال هل من مغربة خبر فقال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال
هلا حبستموه في بيت ثلاثة ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب ثم قال اللهم اني لم احضر ولم
امر ولم ارض اخرجه مالك في الموطا لكن ظاهر تبري عمر رضي الله عنه يقتضي الوجوب ثم قال المصنف الا ان
وهو قول القدوري الدال على وجوب الامهال لايام الثلاثة ان يستمهل فيمهل وظاهر المبسوط
الوجوب فانه قال اذا طلب التاجيل اجل ثلاثة ايام لان الظاهر انه دخل عليه شبهة فعلينا ازالة تلك
الشبهة او انه يحتاج الى التفكر ليتبين له الحق فلا بد من المهلة واذا استمهل كان على الامام ان يمهله
ومدة النظر جعلت في الشرع ثلاثة ايام كما في الخيار ثم قال في حديث عمر المذكور الدال على الوجوب
تاويله انه لعله طلب التاجيل وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يستحب ان يؤجله ثلاثة ايام طلب ذلك
او لم يطلب وعن الشافعي ان على الامام ان يؤجله ثلاثة ايام ولا يحل قتله قبلها لان ارتداد المسلم يكون
عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه فيها التامل فقدرناها بثلاثة ايام لما ذكرنا والصحيح من قول
الشافعي انه ان تاب في الحال والا قتل لحديث معاذ **قوله** صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه
من غير تقييد بانظار وهو اختيار ابن المنذر وهذا ان اريد عدم وجوب الانظار فمذهبنا والاستدلال
مشترك ومن الادلة ايضا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهذا كافر حربي وان كان اريد به
نفي استحباب الامهال فنقول هذه الاوامر مطلقة وهي لا تقتضي الفور فيجوز التاخير على ما عرف ثم ثبت
وجوبه بحديث عمر رضي الله عنه وقول المصنف وهذا لانه لا يجوز تاخير الواجب لامر موهوم وليس بجيد
اذ تقتضي كراهة الامهال ثلاثة ايام وهو خلاف المذهب ويخالف ما ذكرنا من ان الامر المطلق لا يقتضي
الفور الا اذا خيف الفوات فان قيل لا نسلم ان الاوامر المذكورة مطلقة بل مفيدة للعموم للفاء في قوله فاقتلوا
لانها تفيد الوصل والتعقيب قلنا تلك الفاء العاطفة وهي فاء السبب فان قيل فيفيد الوصل باعتبار ان
المعلول لا يتاخر عن العلة قلنا المعلول هو الحكم الشرعي وهو ايجاب قتله عن علته المثيرة له وهي
كفره واما ايجاب الامتثال على الفور فشيء اخر ولا فرق في وجوب قتل المرتد بين كون المرتد حرا او عبدا
وان كان يتضمن قتله ابطال حق المولى بالاجماع واطلاق الدلائل التي ذكرناها وكيفية توبته ان يتبرا
عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لانه لا دين له قيل هو ان يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وانا
بريء عن كل دين غير دين الاسلام قيل لكن هذا بعد ان ياتي بالشهادتين والاقرار بالبعث والنشور مستحب

وبه قالت الايمة الثلاثة ولو تبرا عما انتقل اليه كفاه لحصول المقصود. وفي شرح الطحاوي سئل
ابو يوسف عن الرجل كيف يسلم فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويقر بما جاء به
من عند الله ويتبرا من الدين الذي انتحله وان اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال ولم ادخل
في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة انتهى وقوله قط يريد به معنى ابدا
لان قط ظرف لما مضى لا لما يستقبل. وفي شرح الطحاوي اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله
وان محمدا عبده ورسوله ويتبرا من النصرانية واليهودي كذلك ويتبرا من اليهودية وكذا في كل ملة واما
مجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير انهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق
انه رسول الله ولا يتم الاسلام به هذا فيمن بين اظهرنا منهم واما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال
محمد رسول الله فهو مسلم او قال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه
فكيف اذا اتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا وقوله هنا اذا اراد به الاسلام الذي يدفع عنه
القتل الحاضر فيحمل عليه ويحكم به بمجرد ذلك فلو ارتد بعد ذلك قتلناه. ولو ارتد بعد اسلامه
ثانيا قبلنا توبته ايضا وكذا ثالثا ورابعا الا ان الكرخي قال فان عاد بعد الثالثة يقتل ان لم يتب في
الحال ولا يؤجل فان تاب ضرب ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه ولا يخرجه حتى يرى عليه خشوع التوبة
وحال المخلص فحينئذ نخلي سبيله فان عاد بعد ذلك فعل به كذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام قال
الكرخي هذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وما ذكر الكرخي مروي في النوادر قال اذا تكرر ذلك
منه يضرب ضربا مبرحا ثم يحبس الى ان تظهر توبته ورجوعه انتهى. وذلك لاطلاق قوله تعالى فان تابوا
واقاموا الصلاة. واتوا الزكاة فخلوا سبيلهم. وعن ابن عمر وعلي رضي الله عنهما لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق
وهو قول مالك واحمد والليث لقوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا الاية. قلنا رتب عدم المغفرة
على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا. وفي الدراية قال في الزنديق لنا روايتان في رواية لا تقبل توبته كقول
مالك واحمد وفي رواية تقبل كقول الشافعي وهذا في حق احكام الدنيا اما فيما بينه وبين الله جل ذكره
اذا صدق قبله سبحانه بلا خلاف وما عن محمد لو فعل ذلك مرارا يقتل غيلة تفسيره ان ينتظر فاذا
اظهر كلمة الكفر قتل قبل ان يستتاب لانه ظهر منه الاستخفاف وقتل الكافر الذي بلغته الدعوة قبل
الاستتابة **قوله** فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه او قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل
والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر ومعنى الكراهة هنا ترك المستحب فهي كراهة تنزيه وعند من
يقول بوجوب العرض كراهة تحريم وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك اي القتل والقطع بغير اذن الامام ادب
قوله واما المرتدة فلا تقتل ولكن تحبس ابدا حتى تسلم او تموت ولو قتلها قاتل لا شيء عليه حرة كانت او امة
ذكره في المبسوط ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية. وروي عن ابي حنيفة انها تضرب في كل ايام
وقدرها بعضهم بثلاثة. وعن الحسن تضرب كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى ان تموت او تسلم ولم يخصه حرة
ولا امة وهذا اقتل معنى لان موالات الضرب تفضي اليه. ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود انه لا يقام
عليه الحد الثاني ما لم يبرا من الحد السابق كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق ثم الامة يدفع الى مولاها فيجعل
حبسها بيت السيد سواء هو طلب ذلك ام لا في الصحيح ويتولى هو جبرها قال المصنف جمعا بين الحقين يعني حق الله
وحق السيد في الاستخدام فانه لا منافاة بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى ليمكن

استخدامه ولا تسترق الحرة المرتدة ما دامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت
وعن ابي حنيفة في النوادر تسترق في دار الاسلام ايضا قيل ولو افتي بهذه لا باس به فيمن كانت ذات زوج
حسما لقصدها السيء بالردة من اثبات الفرقة وينبغي ان يشتريها الزوج من الامام او يهبها الامام له اذا
كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا تختص بها الزوج فيملكها ويفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى حبسها
وضربها على الاسلام فيرد نقض قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر واجروا احكامهم فيها
وبقي المسلمون كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في
الظاهر من غير حاجة الى ان يشتريها من الامام وقد افتى الدبوسي والصفار وبعض اهل سمرقند بعدم وقوع
الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج ويضرب
خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضي خان للفتوى وعند الايمة الثلاثة تقتل المرتدة واقتصر المصنف على
خلاف الشافعي قال لما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه وهو حديث في صحيح البخاري
وغيره قال ولان ردة الرجل مبيحة للقتل من حيث انها جناية متغلظة هي جناية الكفر وجناية المراة تشاركها
فيها فتشاركها في موجبها وهو القتل. ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النسا كما قدمناه في الحد
من عدم جوابها انكان مخصصا بعموم ما رواه بعد ان عمومه مخصص بمن بدل من الكفر الى الاسلام وما ذكر الم
بعد هذا زيادة بيان وهو ان الاصل في الاجزية ان تاخر الى دار الجزاء وهي الدار الاخرة فانها الموضوعة للاجزية
على الاعمال الموضوعة هذه الدار لها فهذه دار اعمال وتلك دار جزائها وكل جزاء شرع في هذه الدار ما هو الا
لمصالح تعود الينا في هذه الدار كالقصاص وحد القذف والشرب والزنا والسرقة شرعت لحفظ النفوس
والاعراض والعقول والانساب والاموال فكذا يجب في القتل بالردة ان يكون لدفع شر حرابة لا جزاء على
فعل الكفر لان جزاءه اعظم من ذلك عند الله تعالى فيختص بمن يأتي منه الحراب وهو الرجل ولهذا نهى النبي صلى الله
عليه وسلم عن قتل النساء وعلله بانها لم تكن تقاتل على ما صح من الحديث فيما تقدم ولهذا قلنا لو كانت المرتدة
ذات راي وتبع تقتل لا لردتها بل لانها تسعى في الارض بالفساد وانما حبست لانها امتنعت عن اداء حق الله
تعالى بعد ان اقرت به فتحبس كما في حقوق العباد وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي
رزين عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى
الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال اذا ارتدت المراة عن
الاسلام حبست واما ما روى الدارقطني عن جابر ان امراة يقال لها ام مروان ارتدت عن الاسلام فامر النبي
صلى الله عليه وسلم ان يعرض عليها الاسلام فان رجعت والا قتلت فضعف بمعمر بن بكار واخرجه ايضا من طريق
اخر عن جابر ولم يسم المراة وزاد فعرض عليها فابت ان تسلم فقتلت وهو ضعيف بعبد الله بن اذينة قال ابن
حبان لا يجوز الاحتجاج به. وقال الدارقطني في المؤتلف والمختلف انه متروك ورواه ابن عدي في الكامل
وقال عبد الله بن عطارد بن اذينة منكر الحديث. وروى حديثا اخر عن عائشة ارتدت امراة يوم احد
فامر صلى الله عليه وسلم ان تستتاب فان تابت والا قتلت. وفي سنده محمد بن عبد الملك قالوا انه يضع
الحديث مع انها معارضة باحاديث اخر مثلها وامثل منها ما اخرجه الدارقطني عن ابي رزين عن ابن عباس قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتل المراة اذا ارتدت وفيه عبد الله بن عيسى الجزري قال الدارقطني
كذاب يضع الحديث واخرج ابن عدي في الكامل عن ابي هريرة ان امراة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

ارتدت فلم يقتلها وضعفه بحفص بن سليمان قال ابن عدي عامة ما يرويه غير محفوظ واخرج الطبراني في
معجمه ثنا الحسن بن اسحق التستري ثنا هرمز بن معلى ثنا محمد بن سلمة عن الفزاري عن مكحول عن ابي طلحة اليعمري عن
ابي ثعلبة الخشني عن معاذ بن جبل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين بعثه الى اليمن ايما رجل ارتد
عن الاسلام فادعه فان تاب فاقبل منه وان لم يتب فاضرب عنقه وايما امراة ارتدت عن الاسلام فادعها
فان تابت فاقبل منها فان ابت فاستتبها وتقدم رواية ابي حنيفة عن عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس فيما
اسند الدارقطني عن ابن معين انه قال كان الثوري يعيب على من حدثنا كان يرويه عن عاصم عن ابي رزين لم
يروه غيره عن عاصم عن ابي رزين مدفوع بانه اخرجه الدارقطني عن ابي مالك عن النخعي عن عاصم به فزال
انفراد ابي حنيفة الذي ادعاه الثوري وروى عبد الرزاق عن عمر انه امر في ام ولد تنصرت ان تباع في ارض
ذات مؤنة عليها ولا تباع في اهل دينها فبيعت في دومة الجندل من غير اهل دينها. واخرج الدارقطني
عن علي رضي الله عنه المرتدة تستتاب ولا تقتل وضعف بخلاس **قوله** ويزول ملك المرتد عن املاكه
زوالا مراعا اي موقوفا غير بات في الحال فان اسلم عادت اموله على حالها وان مات او قتل على ردته
او لحق بدار الحرب وحكم الحاكم بلحاقه استقر امره فعمل السبب وهو كونه كافرا حربيا عمله مستندا الى وقت
البيع وجعله كخيار المجلس عند الشافعي يقتضي انه ملك بات ثم يرتفع بالخيار شرعا كالرجوع في الهبة وبه صرح
بعض الشارحين ورد عليه ان لا معنى للزوال المراعي والموقوف لانه اما ان يزول اولا فاجاب بانه يزول
ثم يعود بالاسلام وهذا ليس واقعا والا لم يستند الى ما قبله كالملك الراجع بالرجوع قالوا اي المشايخ
هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يزول ملكه والاصح من قول الشافعي مثل قوله وبه قال مالك
واحمد في رواية وقولهما قول اخر للشافعي وجهه انه مكلف محتاج ولا يتمكن من اقامة التكليف الا بماله
واثر الردة في اباحة دمه لا في زوال ملكه فان لم يقتل بقي ملكه وصار كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص
لا يزول ملكه ما لم يقتل ولابي حنيفة انه كافر حربي مقهور تحت ايدينا الى ان نقتل والملك عبارة عن القدرة
والاستيلاء على التصرف في المال ولا يكون ذلك الا بالعصمة وكونه حربيا يوجب زوال ملكه وماليته
ويقتضي هذا ان يزول في الحال على البتات الا انه مدعو الى الاسلام ويرجى عوده اليه لانه كان ممن
دخله وعرف محاسنه والا ربه نسال الله حفظه علينا الى الجنة بمنه وكرمه فالغالب على الظن عوده الى الاسلام
توقفنا في امره فان اسلم جعل العارضي كان لم يكن في حق هذا الحكم وهو زوال الملك وصار كان لم يزل
مسلما ولم يعمل السبب عمله وان مات منه احدهما قلنا عمل عمله من وقت وجوده ولا يخفى ان الحرابة لا توجب
انتفاء الملك بل زوال العصمة فان الحربي يملك بغيران مملوكه لا عصمة له فاذا استولى عليه زال ملكه
فيكون المرتد حربيا فصاريا يقتضي زوال العصمة نفسه وماله تبعا وهو لا ينفي قيام الملك في الحال
فلا يوجب الحكم بالزوال مستندا ولهذا زاد قوله مقهورا تحت ايدينا فيكون ماله مستولى عليه واعلم
ان حقيقة المراد بان الردة تزول ملكه زوالا باتا فان استمر حتى مات حقيقة او حكما باللحاق استمر
الزوال الثابت من وقت الردة وان عاد عاد الملك وهاهنا من الحكم بالزوال الان الساقط لا يعود
فيقول ان الردة لما اقتضت الزوال والاجماع على انه ان عاد وماله قائم كان احق به وجب ان يعمل بهما
فنقول بالردة تزول ثم بالعود يعود شرعا هذا وبعد اتفاقهما على زوال ملكه قال الشيخ ابو نصر البغدادي
ان ابا حنيفة جعله بمنزلة تصرف من وجب عليه القصاص فيصير تبرعاته من جميع المال وجعلاه بمنزلة

المريض فيعتبر من الثلث وجه قول محمد انه في معرض التلف فهو اسوا من المريض حالا وابو يوسف يقول
ويقول المرتد متمكن من دفع الهلاك بالاسلام والمريض عاجز فادر عليه **قوله** وان مات او قتل على ردته او حكم
بلحاقه انتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وكان ما اكتسبه في حال ردته فيا لجماعة المسلمين يوضع
في بيت المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا كلا الكسبين لورثته وقال الشافعي ومالك واحمد كلاهما
فيء لانه مال كافر والمسلم لا يرث الكافر اجماعا ففي ما الحربي لا امان له لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فيكون
فيا ولهما ان ملكه في الكسبين بعد الردة باق على ما بيناه من انه مكلف الخ فينتقل بموته الى ورثته ويستند
الى ما قبيل ردته اذ الردة سبب الموت فيكون توريث المسلم من المسلم وهذا لا ينهض على الشافعي الا
اذا بينا كيفية الاستناد وهو ان يقال ان احد المسلمين له اذا لم يكن له وارث بطريق الوراثة وهو يوجب
الحكم باستناده شرعا الى ما قبيل ردته والا كان توريث الكافر من المسلم ويحمل الحديث الكافر الاصلي الذي
لم يسبق له اسلام او نقول استحقاق المسلمين له بسبب الاسلام والورثة ساووا المسلمين في ذلك وترجحوا
بجهة القرابة وكانوا كقرابة ذات جهتين بالنسبة الى قرابة ذات جهة كالاخ الشقيق مع الاخ لاب قال
تعالى افمن كان ميتا فاحييناه ولابي حنيفة ما قالاه في وجه التوريث الا انه انما يمكن في كسب الاسلام
لوجوده قبل الردة وهي الموت فيستند الارث الى ما قبله وقد قلت ان بمجرد ردته زال ملكه بما اكتسبه
بعد الردة لا يقع مملوكا له ليتمكن استناد التوريث فيه الى ما قبل موته الحكمي اعني الردة لانه انما يورث
ما هو مملوك للميت عند الموت فيظهر ان الاختلاف بينه وبينهما في توريث كسب الردة مبني على الحكم
الخلافي المتقدم وهو ان المرتد تزول املاكه بالردة المستمرة على ما حققناه عنده وعندهما لا تزول
حتى يتحقق الموت الحكمي او الحكم باللحاق واذا كان كذلك فما اكتسبه في زمن الردة يكون مملوكا له ثم
اذا تحقق الموت وقلنا بوجوب ارثهم اياه والفرض انه له مالا مملوكا فلا بد من ارثهم له وان ثم يستدعي استنادا
الى ما قبيل ردته فيلزم بالضرورة اعتبار ما اكتسبه في زمن الردة موجودا قبلها حكما لوجود سببه وهو
نفس المرتد وان كان معدوما حسا وقيد والله اعلم **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا حالة الردة
بان كان حرا مسلما وبقي كذلك الى وقت موته او لحاقه في رواية عن ابي حنيفة رواه عنه الحسن بن زياد
وهذا لاعتبار الاستناد في الارث فان المستند لا بد ان يثبت اولا ثم يستند فيجب ان يصادف عند
ثبوته من هو بصفة استحقاق الارث وهو الحر وكذا عند استناده حتى لو اسلم بعض قرابته او ولد
من علوق حادث بعد الردة لا يرثه على هذه الرواية وعنه انه يرثه من كان وارثا عند الردة فقط من
غير اشتراط بقائه بالصفة الى الموت وهذه رواية ابي يوسف عنه فلا يبطل استحقاقه اي استحقاق من
كان وارثا عند الردة بعروض موت ذلك الوارث او ردته بعد ردة ابيه بل اذا مات او ارتد يخلفه
وارثه وهو وارث الوارث وعلى هذه الرواية عول الكرخي لان الردة بمنزلة الموت فيعتبر وقتها لا كحال
الميراث وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت واللحاق وهي رواية محمد عنه قال في المبسوط
وهذا اصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالحادث قبل انعقاده الا ترى ان الولد الحادث
من المبيع بعد البيع قبل القبض يجعل كالموجود عند ابتداء العقد في انه يصير معقودا عليه ويكون له حصة
من الثمن الا انها غير مضمونة حتى لو هلك في يد البائع قبل القبض بغير فعل احد هلك بغير شيء وبقي الثمن كله على البائع
فلو كان من حيث يرثه كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يموت ويلحق او اسلم ورثه وهو

ابي يوسف ومحمد الا ان الكرخي حكي بينهما خلافا في اللحاق فعند ابي يوسف يعتبر حال الوارث يوم الحكم باللحاق
وعند محمد يوم اللحاق لا الحكم وجه ابي يوسف ان العارض يعني الردة مقصود زواله فتوقف ثبوت حكمه
على القضا ووجه محمد ان باللحاق تزول العصمة والامان والذمة في حق المستامن والذمي وهذا بمنزلة
المكاتب يموت ويترك وفا فيؤدي الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات لا حال اداء الكتابة وجوابه من قبل
ابي يوسف ان اللحاق ليس حقيقة الموت المايوس عن ارتفاعه ليثبت الحكم به بلا قضا بل في حكمه لانقطاع ولايتنا
عنه واحكامنا فلا نثبت به احكام الموت قبل ان يتاكد وذلك بالحكم به **قوله** وترثه امراته المسلمة
اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وهي في العدة لانه يصير فارا وان كان صحيحا وقت الردة وهذا لان
الردة لما كانت سبب الموت وهي باختياره اشبهت الطلاق البائن في مرض الموت وهو يوجب الارث اذا
مات وهي في العدة لانه فار ولو كان وقت الردة مريضا فلا اشكال في ارثها وقد يقال كون الردة يشبه
الطلاق فصار اهلا ان يجعل بالردة كانه طلقها والفرض انه صحيح وطلاق الصحيح لا يوجب حكم الفرار فالتحقيق
ان يقال بالردة كانه مرض مرض الموت باختياره بسبب المرض ثم هو باصراره على الكفر مختار في الاصرار
الذي هو سبب القتل حتى قتل بمنزلة المطلق في مرض الموت ثم يموت قتلا او حتف انفه او يلحق فيثبت
حكم الفرار وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة انها ترثه وان كانت منقضية العدة لانها كانت وارثة عند ردته
وبه قال ابو يوسف وهو تفريع على رواية الاكتفا بالتحقق بصفة الوارث حال الردة فقط وهي رواية
ابي يوسف وما في الكتاب على رواية الحسن من اعتباره وبقايه بالصفة الي الموت او على رواية اعتباره وقت
موته فقط هذا واشتراط قيام العدة يقتضي انها موطوءة فلا ترث غير المدخوله وهو كذلك وذلك
لان مجرد الردة تبين المدخولة لا الي عدة فتصير اجنبية ولما لم تكن الردة موتا حقيقيا حتى ان المدخولة انما
تعتد بالحيض لا الاشهر لم ينتهض سببا للارث اذا لم تكن عند موت الزوج او لحاقه اثر من اثار النكاح
لان الارث وان استند الي الردة لكن يتقرر عند الموت ولهذا ايضا لا ترث المنقضية عدتها **قوله**
والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها اذ المراة لا حراب منها سواء كانت كافرة اصلية او صارت
كافرة فلم يوجد سبب الفي وهو سقوط عصمة نفسها المستتبعة لسقوط عصمة مالها فيبقى كل من كسبي اسلامها
وردتها على ملكها فيرثهما ورثتها بخلاف المرتد عند ابي حنيفة فان كسبه في الردة في لكونه محاربا في
الحال او في المال باللحاق فلا يملكه لكونه مال الحربي مقهورا تحت ايدينا فلا يورث **قوله** ويرثها زوجها
المسلم اذا ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك المرض او لحقت بدار الحرب مع ذلك المرض لانها
قصدت الفرار من ميراث الزوج بعدما تعلق حقه بمالها بسبب مرضها بخلاف ما لو ارتدت وهي
صحيحة فانها بردتها هذه لم تبطل لها حقا متعلقا بمالها وهذا الفرق فيه جعل ردتها كطلاقه فردتها
في مرضها كطلاقه في مرضه وردتها في صحتها كطلاقه في صحته وبه لا يكون فارا اذا عرض له موت وهي في
العدة بخلاف ما قررنا في جانب الرجل فان ردته في صحته يرث اذا عرض له موت ولو جعلت ردته كطلاقه
ثانيا كان مطلقا في صحته وعروض الموت للمطلق في صحته لا يوجب له حكم الفرار فلذا جعلنا ردته كمباشرة
سبب مرض موته ثم باصراره جعل مطلقا في مرضه فاذا مات ثبت حكم الفرار **قوله** وان لحق بدار الحرب
مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت ديونه المؤجلة ونقل ما اكتسبه في دار
الاسلام الي ورثته المسلمين باتفاق علمائنا الثلاثة وكذا ما اكتسب في ايام ردته على قولهما كامر ولا يفعل

شيء من ذلك ما كان مقيما في دار الاسلام واما ما اوصي به في حال اسلامه فالمذكور في ظاهر الرواية
من المبسوط وغيره انها تبطل مطلقا من غير فرق بين ما هو قربة وغير قربة ومن غير ذكر خلاف لو ذكر الولوالجي
ان الاطلاق قول ـه وقولهما ان الوصية بغير القربة لا تبطل لان لبقاء الوصية حكم الابتدا وابتدا القربة
بغير القربة بعد الردة عندهما يصح وعند ابي حنيفة يتوقف فكذا هنا قيل واراد بالوصية بغير القربة
الوصية للنائحة والمغنية وقال الطحاوي لا يبطل فيما لا يصح الرجوع عنه وحمل اطلاق محمد لبطلان
الوصية على وصية يصح الرجوع عنها ووجه البطلان مطلقا ان تنفيذ الوصية لحق الميت ولا حق له بعد
ما قتل على الردة او لحق بدار الحرب فكان ردته كرجوعه عن الوصية فلا يبطل ما لا يصح الرجوع عنه كالتدبير
لان حق العتق يثبت للمدبر ولهذا عرف معنى تقييد الطحاوي الذي ذكرناه انفا وقال الشافعي ومالك
واحمد يبقى ماله موقوفا ويحفظه الحاكم الي ان يظهر موته ثمه او يعود مسلما فياخذه لانه اي اللحاق نوع
غيبة فاشبه الغيبة في دار الاسلام وهذا لان الدار عندهم واحدة ولنا انه باللحاق صار من اهل
الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الزام احكامه عنهم كما هي منقطعة عن الموتى
بخلاف الغيبة في بلدة اخري من دار الاسلام فان احكام الاسلام وولاية الزامنا ثابتة فيها فلا يلحق
بذلك واذا صار اللحاق كالموت لانه حقيقة الموت لا استقر حتى تقضي به سابقا على القضاء بشيء من
هذه الاحكام المذكورة في الصحيح لان القضا بشيء منها يكفي بل يسبق القضا باللحاق ثم يثبت الاحكام المذكورة
وكونها كالموت قلنا اذا لحقت الحربية فلزوجها ان يتزوج باختها قبل انقضاء عدتها ولانه لا عدة على الحربية
من المسلم لان في العدة حق الزوج وتباين الدارين مناف له ولو سبيت او عادت مسلمة لم يضر نكاح
اختها لان العدة بعد ان سقطت لا تعود ثم المعتبر في كون الوارث وارثا عند اللحاق في قول محمد لانه
السبب والقضا انما لزم لتقرره بقطع الاحتمال اي احتمال عوده اي اللحاق ولا يوجب احكام الموت الا
اذا كان مستقرا وهو امر غير معلوم فبالقضا به يتقرر وعند ابي يوسف يعتبر كونه وارثا وقت القضا
حتى لو كان من يحيث يرث وقت الردة كافرا او عبدا ووقت القضاء مسلما معتقا ورث عند ابي يوسف
لا عند محمد وهذا لانه اي اللحاق انما يصير موتا بالقضا لانه بمجرده غيبة ويقررها بالقضا به ويصير
يصير موتا والارث يعتبر عند الموت وقد سنا تمام وجهي القولين والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي
على هذا الخلاف في المرتد وعلى الاحكام التي ذكرناها من عتق مدبرها وحلول ديونها **قوله** وتقضي
ديونه التي لزمته في حال الاسلام مما اكتسبه في حال الاسلام وديونه التي لزمته في حال ردته مما
اكتسبه في حال ردته وعلى هذا فان فضل من كسب الاسلام عن ديون الاسلام شيء ورثته الورثة والا
لا يرثون شيئا ولو فضل عن ديون الردة شيء من كسب الردة عند ابي حنيفة لانه لا يورث كسب الردة قال
المصنف وهذا التفصيل المذكور رواية عن ابي حنيفة قيل رواها زفر عنه ولم ينسب الكرخي هذا الي
ابي حنيفة بل قال وقال زفر والحسن ما لحقه في حال الاسلام الخ وعنه انه يبدا بكسب الاسلام فيقضي
منه الدينان جميعا فان وفي فكسب الردة في لجماعة المسلمين ولا ترث الورثة شيئا في هذه الصورة الا ان
يفضل عن كسب الاسلام شيء عن الدينين فان لم يف كل من كسب الردة وهذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
وعنه على عكسه وهو انه تقضي الدينان جميعا من كسب الردة فان وفي بالديون ورثت الورثة كسب الاسلام كله
وان لم يف كل من كسب الاسلام وورثت الورثة ما فضل ان فضل شيء وهذه رواية ابي يوسف عنه وجه

الاول وهو التفصيل ان المستحق بالسببين وهو دين الاسلام ودين الردة مختلف وحصول كل من الكسبين
باعتبار السبب الذي وجب به الدين فيقضي كل دين من الكسب الذي حصل به ليكون الغرم بالغنم وجه الثاني
وهو رواية الحسن ان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شروط هذه الخلافة الفراغ عن حق
الموروث وهو مقدار ما عليه من الدين فيقدم الدين عليه مطلقا واما كسب الردة فليس مملوكا له لبطلان
اهلية الملك بالردة عند ابي حنيفة فلا تقضى ديونه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فيقضى منه
فان قيل كيف يقضى منه وهو في عنده غير مملوك له بل لجماعة المسلمين اجاب فقال لا بعد هذا فان الذي
اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ومع ذلك ان كان عليه دين يقضى منه اولا وما فضل يكون
للمسلمين فكذا ههنا قال في المبسوط وعلى هذا لا ينفذ تصرفه في الرهن وقضاء الدين من كسب الاسلام ه
وجه الثالث وهو رواية ابي يوسف ان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه يعني انه ما تعلق
به حق الغير كما يتعلق في مال المريض والا فهو قد ذكر ان املاكه تزول غير انه لا يلزم من كونه خالص حقه انه
ملك له الا ترى ان كسب المكاتب خالص حقه وليس ملكه واذا كان خالص حقه كان قضاء دينه منه اولى الا
اذا لم يف فح يقضي من كسب الاسلام تقديما لحقه قال في المبسوط وعلى هذا نقول عقد الرهن كقضاء الدين
فاذا قضى دينه من كسب الردة او رهنه بالدين فقد فعل غير ما كان يحق فعله فهذه ثلاث روايات عن
ابي حنيفة ولو لم يكن له مال الا ما اكتسبه في حال ردته قضي منه وقال ابو يوسف ومحمد تقضى ديونه
من الكسبين جميعا لانهما ملكه عندهما حتى يجري فيهما الارث **قوله** وما باعه المرتد واشتراه او اعتقه
الخ قال المص اعلم ان تصرفات المرتد على اقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق لانه لا يفتقر الى
حقيقة الملك في الاستيلاد ولا الى تمام الولاية في الطلاق فان الاستيلاد يصح في جارية الابن وحق
المرتد في ماله اقوى من الاب في جارية ابنه ولذا يصح دعوة المولى ولامة مكاتبه وحق المرتد في ماله
اقوى من حق المولى في كسب المكاتب لان المال موقوف على حكم ملكه حتى اذا اسلم كان له بلا سبب جديد
ولا ملك للاب والمولى فيهما والطلاق يقع من العبد مع قصور ولايته فانه لا ولاية له على نفسه واورد
عليه ان بالردة تحققت الفرقة فكيف يقع الطلاق اجيب بانه لا يلزم من وقوع البينونة امتناع الطلاق
وقد علمنا ان المبانة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وصرح في المحيط بان الفرقة بالردة من قبيل
الفرقة التي يلحقها الطلاق مع ان الردة لا يلزمها الفرقة كالو ارتدا معا ومن هذا القسم تسليم الشفعة
وقبول الهبة والحجر على عبد المأذون لانها لا تنبني على حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة
لانها تعتمد الملة ولا ملة له لانه غير مقر على ما انتقل اليه من دين سماوي او غيره كالشرك فهو بمنزلة
من لا ملة له وهذا حاصل ما فسر به ظهير الدين من ان المراد الملة التي يبتنى عليها ملك النكاح والتوارث
والتناسل والمرتد لا يعتقد في نكاحه شيئا من ذلك لانه لا يبقى حيا ومن هذا القسم ارثه واما الارث منه
فقد تقدم انه ثابت لورثته المسلمين وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها تعتمد المساواة
بين الشريكين ولا مساواة بين المسلم والمرتد فيتوقف عقد المفاوضة فان اسلم نفذت وان مات او قتل
او قضي بلحاقه بطلت بالاتفاق لكن تصير عنانا عندهما وعند ابي حنيفة يبطل اصلا لان في العنان
وكالة وهي موقوفة عنده ومختلف في توقفه وهو ما عددناه من بيعه وشرائه وعتقه ورهنه
ومنه الكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية عنده هي موقوفة ان اسلم نفذت وان مات او

او قتل بطلت لنا ان الصحة للمعاملات التي ذكرناها تعتمد الاهلية والنفاذ يعتمد الملك ولا اختفاء في وجود
الاهلية لكونه مخاطبا بالايمان وكذا في الملك لقيامه قبل موته على ما قررناه يعني من
قوله مكلف محتاج الخ ومما يوضح كون ملك المرتد باقيا انه لو ولد له ولد من امرأة مسلمة او امة مسلمة لستة اشهر
فصاعدا او ورثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه هذا الولد ولو ان ولدا قبل الردة مات بعدها قبل موته ولحاقه
لا يرثه واذا كان ملكه قائما واهليته نفذت تصرفاته عندهما الا ان عند ابي يوسف يصح كما يصح من الصحيح
من جميع المال لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزول فلا يقتل فلا يكون كالمريض وعند محمد
يصح من الثلث كما يصح من المريض لان من انتحل نحلة لا سيما اذا كان لها معرضا عما نشأ عليه قلما يتركه فكان
بذلك على شرف الهلاك كالمريض مرض الموت الا ان ابا يوسف يقول بيده دفع القتل عنه والموت على ذلك
يتجدد بالاسلام بخلاف المريض ولابي حنيفة رحمه الله انه حربي مقهور تحت ايدينا على ما قررناه في توقف
الملك اي عوده لما حررناه من ان المراد انه زوال ملكه ثم تعوده بعوده الى الاسلام من انه حربي مقهور
نفسه وماله تحت ايدينا وتوقف التصرفات بناء عليه فان التصرفات الشرعية المذكورة توجب ملكا
لمن قامت به وزوال املاك مثلا البيع يوجب ان يملك المبيع ويخرج من ملكه الثمن والاجارة كذلك والقرض
ان ليس مع الردة ملك فامتنع افادة هذه التصرفات احكامها في الحال فان اسلم افادته حين وقعت
وهذا معنى التوقف فصار المرتد كالحربي يدخل دارنا بلا امان فيؤخذ اي يوسر فيتوقف تصرفاته
لتوقف حاله حيث كان للامام الخيار بين استرقاقه وقتله فان قتل او اسر لم ينفذ منه هذه او اسلم لم
يؤخذ له مال فكذا المرتد وقوله واستحقاق الخ جواب ما يقال المرتد يجب ان يكون كالمقضي عليه بالقصاص
والرجم لانه مقهور تحت ايدينا للقتل عينا خصوصا فانه لا يمكن له حالة غير القتل بخلاف المرتد فان
غيرها محتمل في حقه لاحتمال اسلامه ومع ذلك لا يزول ملك واحد منهما عن ماله وتصرفاتهما نافذة
فاجاب بالفرق بان استحقاق القتل في الفصلين اي الحربي والمرتد لبطلان العصمة بانتفاء سببها وهو
الاسلام فاوجب خللا في الاهلية بخلاف الزاني والقاتل عمدا لان استحقاق القتل بذلك السبب جزاء على
الجناية مع بقاء سبب العصمة وهو الاسلام فيبقى مالكا حقيقة لبقاء سبب عصمة ماله لقيام سببها
ولهذا لو قتل القاتل غير ولي القصاص قتل به وانما يقتل كل منهما بما هو من حقوق تلك العصمة
بخلاف المرتدة لانها ليست حربية ولهذا لا تقتل قال ابو اليسر ما قاله احسن لان المرتد لا يقبل الرق
والقهر يكون حقيقيا لا حكميا والملك يبطل بالقهر الحكمي لا الحقيقي ولهذا المعنى لا يبطل ملك المقضي عليه
بالرجم وحاصل مراده ان المنافي للملك الاسترقاق ليس غير لكنه ممنوع عند ابي حنيفة بل نقول انما وجب
الاسترقاق ذلك في الاصل للقهر الكائن بسبب حرابته وهو موجود في المرتد فثبت فيه ذلك بطريق اولى
لان الرق يتصور معه ملك النكاح بخلاف قهر المرتد **قوله** وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار الاسلام
مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه نقدا او عرضا اخذه لان الوارث انما يخلفه فيه لاستغنائه
عنه بالموت المحكوم به واذا عاد مسلما فقد احياه الله حياة جديدة وكذا قلنا في المرتدة المزوجة اذا
لحقت وعادت مسلمة عن قريب تتزوج من ساعتها لانها فارغة عن النكاح والعدة كانها ميتة لان لحاقها
الفرض كان ميتا فاحييناه فاذا احيي احتاج اليه فيقدم على الوارث وعلى هذا لو احيى الله سبحانه وتعالى ميتا
واعاده الى دار الدنيا كان له اخذ ما في يد ورثته بخلاف ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يقبل

الفسخ كبيع وهبة او لا يقبله كعتق وتدبير واستيلاد فانه يمضي ولا عود له فيه ولا يضمنه وبخلاف امهات
اولاده ومدبريه لا يعودون في الرق لان القضا بعتقهم قد صح بدليل مصحح له وهو اللحاق مرتدا لانه كالموت
الحقيقي فنفذ والعتق بعد نفاده لا يقبل البطلان ولا وهم لمولاهم اعني المرتد الذي عاد مسلما هذا
اذا جاء مسلما بعد الحكم باللحاق فلو جاء مسلما قبل الحكم باللحاق فكانه لم يزل مسلما كانه لم يرتد قط لما ذكرنا
من انه لا يستقر لحاقه الا بالقضا وما لم يستقر لا يورث فيكون امهات اولاده ومدبروه على حالهم ارقا
وما كان عليه من الديون المؤجله لا يحل بل يكون الى اجلها لعدم تقرر الموت وصار كالعبد اذا ابق بعد البيع
قبل القبض ثم عاد ان كان بعد القضا بالفسخ لا يبطل القضا بالفسخ وان [قبل] جعل الاباق كان لم يكن **قوله** واذا
وطي المرتد جارية نصرانية او يهودية كانت له في حال الاسلام فجات بولد لستة اشهر واكثر ولو الى عشر سنين
منذ ارتد فادعاه فهي ام ولد له والولد حر وهو ابنه وثبت لامه حق امية الولد ولا يرثه فان كانت الجارية
مسلمة ورثه الابن ان مات المرتد على ردته او لحق بدار الحرب اما صحة الاستيلاد فلما قلنا انه لا يفتقر الى حقيقة
الملك حتى صح استيلاد الاب جارية الابن والعبد الماذون جارية من تجارته ذكره ابو الليث في شرح الجامع
الصغير واما انه لا يرثه فلان الام ان كانت يهودية او نصرانية يجعل الولد تبعا للمرتد لا لامه لقرب
المرتد الى الاسلام للجبر عليه والظاهر انه لا يوثر القتل على العود وصار الولد في حكم المرتد والمرتد لا يرث
المرتد ولا غيره واما اذا كانت مسلمة فالولد مسلم تبعا لها لانها خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولا يقال
لم لم يجعل تبعا للدار فيما اذا كانت الام نصرانيه لانه انما يجعل تبعا للدار اذا لم يكن معه احد ابويه بان يسبي
وليس معه احدهما او ملتقط في دار الاسلام ولا يظن ان هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد
صغير ولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما مع وجودهما لان الحكم باسلامه في هذه الصورة ليس لتبعية الدار
بل لانه كان حين ولد مسلما فيبقى على ما كان بخلاف مسئلة الكتاب لانه لم يسبق للولد حكم الاسلام اذ لم يوجد
في زمن اسلامهما بما اذا جات به لستة اشهر فصاعدا احترازا عما اذا جات به لاقل من ستة اشهر فانه يرث اذا
مات ابوه او لحق او قتل على ردته وذلك للتيقن بحصول العلوق في حال اسلام ابيه المرتد فكان الولد مسلما
والمسلم يرث المرتد وفي الفوايد الظهيرية ما ذكر في الكتاب ان الارث يستند الى حالة الاسلام فيكون توريث
المسلم من المسلم فيما اكتسبه في حال الردة يضعف في هذه المسئلة لان الولد يعني ولد الامة المسلمة هنا لم
يكن موجودا حال الاسلام ومع هذا يرث فعلم ان الصحيح ما رواه محمد عن ابي حنيفة ان من كان وارثا عنده يرث
سواء كان موجودا وقت الردة او حدث بعدها انتهي وقد بينا انه اصح من قول شمس الايمة وعلى هذا فيكون
تخصيصا لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرث المسلم الكافر بالكافر الاصلي الا انه يحتاج الى دليل التخصيص
وكونه دلالة الاجماع على ارث المسلمين ماله اذا لم يكن له وارث لان ذلك لاسلامهم فيما قدمناه فارجع اليه
وهذا كله بنا على كونه اذا جات به لستة اشهر او اكثر يحكم بان العلوق بعد الردة والوجه انها متى
جات به امته النصرانية لمدة يتصور العلوق فيها في حالة الاسلام يعتبر العلوق فيها وهذا يمكن اذا جات
به لاقل من سنتين من لحظة لانه احوط للحكم بالاسلام لانه على هذا الاعتبار تعلق مسلما ويرثه وان كان بخلاف
المذهب كالذي جات به لاقل من ستة اشهر الا ان على هذا لو جات به لتمام سنتين فصاعدا لا يرث **قوله**
وان لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على ذلك فهو فيء باجماع الايمة الاربعة وانما خالف الايمة
الثلاثة فيما في دار الاسلام من الباقي من ماله على ما تقدم انه عندهم محفوظ له الى ان يظهر موته فيصير فيا

ولا يشكل كون ماله فيا دون نفسه فان مشركي العرب كذلك وان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر
على ذلك المال فحكم الورثة فيه حكم مالك مال استولى عليه الكفار ثم ظهر عليه فوجده مالكه وهو الوارث ان وجده
قبل القسمة رد عليهم وان وجده بعدها اخذه بقيمته ان شا ولو كان مثليا فقد تقدم انه لا يوخذ
لعدم الفايدة ثم جواب هذا الكتاب اعني الجامع الصغير وهو ظاهر الرواية لا ينفصل بين ان يكون عوده واخذه
المال بعد القضا بلحاقه او قبله اما اذا كان بعد القضا باللحاق فظاهر لانه تقرر الملك للورثة ثم استولى
عليه الكافر واحرزه بدار الحرب واما اذا عاد قبله فلان عوده واخذه والحاقه ثانيا رجح جانب عدم العود
وهو كده فتقرر موته وما احتيج الى القضا باللحاق ليصير ورثته ميراثا الا ليترجح عدم عوده فيتقرر
اقامته ثمه فيتقرر موته فكان رجوعه واخذه ثم عوده ثانيا بمنزلة القضا وفي بعض روايات السير
جعله فيا لان بمجرد اللحاق لا يصير المال ملكا للورثة والوجه ظاهر الرواية **قوله** واذا لحق المرتد
بدار الحرب وله عبد فقضي به لابنه فكاتبه الابن ثم جا المرتد مسلما فالكتابة جايزة خلافا للايمة الثلاثة
والولا والمكاتبة اي بدل الكتابة للمرتد الذي اسلم لانه لا وجه الى بطلان الكتابة لنفوذها بدليل منفذ
وهو القضا بالعبد ولا الى نقل الملك الى الاب لان المكاتب لا يحتمل النقل من ملك الى ملك فجعل
كان الابن وكيل عنه فانه لما لحق بدار الحرب كان كانه سلط ابنه على التصرف في ماله وحقوق العقد ترجع
الى الموكل في الوكاله بالكتابة والولا لمن يقع العتق عنه فلذا كان الولا للمرتد الذي عاد مسلما بخلاف ما اذا
كان ادي بدل الكتابة الى الابن فان الولا حينئذ يكون للابن **قوله** واذا قتل المرتد رجلا خطا
ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حال اسلامه خاصة عند ابي حنيفة ولا
في مال اكتسبه في الردة والاسلام اما ان الدية في ماله فلان العواقل لا تعقل المرتد لان تحملهم العقل
باعتبار نصرتهم اياه التي بها يقوى على الجراة ولا نصرة منهم للمرتد واما انه عنده في كسب الاسلام فقط
فلانه لا يملك غيره عنده وعندهما يملك الكل فيكون ما لزمه من الكل وعلى هذا اذا غصب مالا
فافسده يجب ضمانه في مال الاسلام وعندهما في الكل وعلى هذا لو لم يكن له كسب الاسلام في الردة تهدر
الجناية عند ابي حنيفة خلافا لهما وقوله وماله المكتسب ماله مبتدا والمكتسب خبره والاولى في مثله
الاتيان بضمير الفصل لرفع توهم الصفة الا انه تركه للاهتدا اليه لفساد المعنى على الصفة وجناية
الامة والمكاتبة المرتدين كجنايتهم في غير الردة لان الملك فيهما قايم بعد الردة والمكاتب يملك اكسابه في
الردة فيكون موجب جنايته في كسبه والجناية على المماليك المرتدين هدر **قوله** واذا قطعت يد المسلم
عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك القطع او لحق ثم جا مسلما ومات منه فعلى القاطع
نصف الدية في ماله للورثة فيهما اما الاول وهو وجوب نصف الدية فيما اذا مات فلان القطع
وان وقع على محل معصوم لكن السراية التي بها صار القطع قتلا حلت المحل بعد زوال العصمة فاهدرت
اذ لو لم تهدر وجب القصاص في النفس للعمد وايضا صار اعتراض زوال العصمة شبهه في سقوط القصاص
في اليد واذا اهدرت السراية وجب دية اليد لان هذا القدر وقع زمن العصمة واقل ما فيه ديه
اليد بخلاف ما لو قطعت يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك القطع فانه لا يجب الضمان اصلا لان القطع وقع
في وقت لا قيمة لها فيه وهو وقت الردة فكانت هدرا والمهدر لا ينقلب الاعتبار اما المعصوم فقد تنقلب
الا هدارا بالابرا فكذا بالردة واما الثاني وهو وجوب نصف الدية اذا لحق ثم عاد مسلما فمات من القطع

قال المصنف ومعناه اذا قضي بلحاقه فانه صار ميتا تقديرا بالقضا باللحاق والموت يقطع السراية واسلامه
حياة حادثة في التقدير فلا يعود حكم الجناية الاولى يعني انها قتل لانه ما ثبتت سراية بعد انقطاع حكم
القطع فوجبا لاقتصار على موجب القطع الواقع في حال العصمة من حيث هو قطع لا قصاص فيه وفي ذلك
نصف دية النفس فوجب للورثة واما اذا لم يقض بلحاقه حتى عاد مسلما فمات فهو على الخلاف الذي نبينه
قال شمس الايمة الصحيح انه على الخلاف وقال فخر الاسلام لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف ويريد بقوله
الذي نبينه ما نذكر من ان على قول محمد يجب نصف الدية وعلى قولهما دية النفس كاملة فيما يلي هذه وهي قوله
وان لم يلحق اي المقطوع يده مسلما اذا ارتد ثم اسلم فمات من القطع من غير لحوق لحاق فعند ابي حنيفة وابي يوسف
على القاطع دية كاملة استحسانا وعند محمد وزفر في جميع ذلك يعني الصور الاربعة وهي ما اذا قطعت
يده مسلما فارتد ومات على ردته او ارتد ثم اسلم بلا لحاق او ارتد ولحق بعد القضا وقبله ثم عاد فاسلم
نصف الدية قياسا ووجهه ان اعتراض الردة اهدر السراية حتى لو قتله قاتل لا شي عليه فاذا اسلم بعد
ذلك لا ينقلب بالاسلام الى الضمان من غير سبب جديد وصارت كما لو قطعت يد مرتدا وحربي فاسلم
لا يجب على القاطع شي ولهما ان الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم في الحالين
فيجب ضمان النفس كما اذا لم تتخلل الردة وهذا لان تخللها كاين في حال البقا فقط وانما توجب سقوط العصمة
في حال البقا وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة
في حال البقا لا يمنع كمال موجب هذه الجناية الا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقا في ايجابها والواقع انه
لا معتبر بقيامها في ذلك وانما المعتبر قيامها في حال ابتدا الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت ليثبت الحكم
وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل اذ السبب حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام
الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط
حتى اذا قال لزوجته ان دخلت فانت طالق ثلثا ثم ابانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا العبد ان قال فانت
فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكوة المعتبر وجوده اول الحول لينعقد
السبب وفي اخره ليثبت حكمه هذا اذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد
ففي المبسوط فان قتل او مات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شي له لان الواجب القصاص
وقد فات محله حين قتل على ردته او مات وان كان خطا فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند اجابه
كان مسلما وجناية المسلم خطا على عاقلته وتبين بالسراية ان جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو
كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطا في ماله لما بينا ان المرتد لا يعقل جنايته احد قوله
واذا ارتد المكاتب ولحق بدار الحرب واكتسب مالا في ايام ردته يعني بكتابته فاخذ بماله اي اسر وابى
ان يسلم فقتل فانه يوفي مولاه مكاتبته وما بقي فلورثته وهذا ظاهر على اصلهما لان كسب الردة ملكه
اذا كان حرا فكذا اذا كان مكاتبا اذ الكتابة لا تبطل بالموت فبالردة اولى واذا كان ملكه قضيت مكاتبته منه
واما عند ابي حنيفة فيشكل لانه لا يملكه كسب الردة اذا كان حرا وملكه اياه مكاتبا ووجهه ان المكاتب انما
ملك اكسابه بعقد الكتابة والكتابة لا تتوقف بالردة ولا تبطل بالموت فيستمر موجبها مع الردة فيتحقق
ملكه في اكسابه ولا يتوقف فيقضي منها ويورث الباقي وقوله الا يرى الخ توجيه لعدم توقف تصرف الكاتب المرتد
وهو يرجع الى توجيه عدم بطلان الكتابة بالردة لان الحكم ببقاء العقد يوجب الحكم بثبوت احكامه فلا

كل ثبوت حكمه استند لا الى علي ثبوته وكان يكفيه فيه كون الكتابة لا يبطل بالموت الحقيقي فاولى ان لا يبطل بالموت
الحكمي وهو الردة فان منع عدم بطلانها بالموت الحقيقي اكتفي بالاستدلال على مسئلة الكتاب اذا مات عن
وفا واستدلال المص وجه اخر حاصله بدلالة حال الرق فانه لا يتوقف تصرف المكاتب بسبب رقه مع
ان الرق اقوى من الردة في نفي صحة التصرف حتى لا يصح استيلاده فاولى ان لا يتوقف بسبب ردته ولحاقه
ان عقد الكتابة منع مقتضى الردة كما منع مقتضى الرق فصار المكاتب في دار الحرب ككونه في دار الاسلام
واورد عليه بان كون احدهما لا يمنع مع عقد الكتابة لا يستلزم ان لا يمنع اذا اجتمعا وقد اجتمع في المرتد
المكاتب الرق والردة فجاز ان ينتفي التصرف اجيب مرة بان جواز المنع لا يستلزم وقوعه فيبقى على
العدم الا بدليل ومرة بان الكتابة مطلق للتصرف وكل من الرق والردة مانع منه بانفراده وقد
ثبت شرعا ترجيح مقتضى الكتابة على مقتضى احدهما وانضمام احدهما الى الاخر انضمام علة الى اخرى
فيما يعلل بعلتين مستقلتين ولا ترجيح بكثرة العلل المستقلة لما عرف بل الترجيح بوصف في العلة
قوله واذا ارتد الرجل وامراته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب وولدت
ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في لان المرتدة تسترق فيتبعها ولدها ثم يجبر
الولد على الاسلام كان الولد الحي ولا يقتل الولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر عليه ولا يقتل
ولا يجبر ولد الولد اما جبر الولد فلانه يتبع ابويه او احدهما في الدين فيكون مسلما باسلامهما
ومرتدا بردتهما فلما كان مرتدا بردتهما اجبر كما يجبران وانما لم يجبر ولد الولد لانه لا يتبع جده بل
اباه لقوله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذان يهودانه الحديث
اي يستتبعانه في ذلك وانما لم يجعل تبعا لابيه في الردة فيجبر مثله لان ردة ابيه كانت تبعا والتبع لا
يستتبع خصوصا واصل التبعية ثابتة على خلاف القياس لانه لم يرتد حقيقة ولهذا يجبر بالحبس
لا بالقتل بخلاف ابيه واذا لم يستتبع الجد فيسترق اذ يوضع عليه الجزية او يقتل لان حكمه حينئذ
حكم سائر اهل الحرب اذا اسروا واما الجد فيقتل لا محاله لانه المرتد بالاصالة او يسلم وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان ولد الولد يجبر على الاسلام تبعا لجده فجعل مرتدا تبعا له قال المص واصله التبعية
في الاسلام يعني اصل الجبر على الاسلام تبعا للجد هو ثبوت الاسلام تبعا للجد وهي رابعة اربعة
مسايل كلها على الروايتين رواية ظاهر الرواية لا يكون الولد تبعا للجد ورواية الحسن يكون تبعا
احدها هذه والثانية صدقة الفطر للولد الصغير اذا كان جده موسرا ولا اب له او له اب
معسرا وعبد لا يجب على الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عليه والثالث الولا صورتها
معتقة زوجت بعبد وله اب عبد فولدت منه فالولد حر تبعا لامه وولاوه لموالي امه فاذا اعتق جده
لا يجر ولا حافدة الي مواليه عن موالي امه في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن يجره كما لو اعتق ابوه والرابعة
الوصية للقرابة لا يدخل الوالدان ويدخل الجد في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن لا يدخل كالاب وتقييد
الحبل بدار الحرب ليس لاخراج الحبل في دار الاسلام عن حكم المسئلة اعني جبر الولد بل لافادة حكم الجبر
فيما اذا حبلت في دار الاسلام وولدت في دار الحرب بطريق اولى لانه اذا اجبر مع انه علق في دار الحرب
وللدار جهة استتباع يقتضي انه ابعد عن الاسلام فلان يجبر اذا علق في دار الاسلام على الاسلام اولى
هذا اذا ولد لهما ولد بعد لحوقهما اما اذا ارتدا ولحقا بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد في

لان الولد الصغير صار تبعًا للابوين وولد المرتد يصير فيا بالسبي كما ذكر ولو صح لزم انهما لو لم يلحقا به
يكون مرتدا وليس كذلك على ما تقدم من انه ثبت له حكم الاسلام فيبقى عليه الا بمزيل والاحسن ما
في المبسوط من انه خرج عن كونه مسلما باللحاق به فان ثبوت حكم الاسلام للصغير باعتبار تبعية الابوين
والدار وقد انعدم كل ذلك حين ارتدا ولحقا به فكان الولد فيا يجبر على الاسلام اذا بلغ كما يجبر الام عليه
فان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيا لانه بقي مسلما تبعًا لامه فان قيل
كيف يتبعها بعد تباين الدارين قلنا تباين الدارين يمنع الاتباع في الاسلام ابتداء لا في ابقاء ما كان ثابتا
الا ترى ان الحربي لو اسلم في دار الحرب وله ولد صغير وخرج الى دارنا بقي الولد مسلما حتى لو ظهر عليه
لا يكون فيا بخلاف ما لو اسلم في دارنا وله ولد في دار الحرب ومرت هاتان المسئلتان وكذا اذا كانت
الام مسلمة والولد معه في دار الحرب لان بالموت يتأكد الاسلام ولا ينقطع قوله وارتداد الصبي الذي
يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد اي يصح فلو مات له قريب مسلم بعد ردته لا يورث منه وبه كان
يقول ابي يوسف ثم رجع وقال ليس بارتداد واسلامه اسلام باتفاق الثلاثة فلا يرثه ابويه الكافر
ويرث اقاربه المسلمين ولا يصح نكاح المشركة له وتحل له المؤمنة وتبطل مالية الخمر والخنزير ونحو ذلك
وعن ابن ابي مالك عن ابي يوسف ان ابا حنيفة رجع الى قول ابي يوسف وقال زفر والشافعي اسلامه ليس
باسلام وردته ليس بارتداد لهما اي زفر والشافعي في عدم صحة اسلامه انه تبع لابويه فيه فلا يجعل
اصلا لتناف بين صفة الاصلية والتبعية لان الاولى صفة القدرة والثانية سمة العجز ثم اسلامه يصح
تبعًا لابويه فلا يجعل اصلا مستعلا به ولانه يلزم احكام يشوبها المضرة من حرمان الارث والفرقة
بينه وبين زوجته المشركة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق ولنا فيه اي اسلامه ان عليا رضي الله عنه
اسلم في صباه وصحح النبي صلى الله عليه وسلم وافتخاره بذلك مشهورا اما افتخاره فما نقل من قوله رضي الله عنه
سبقتكموا الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلم واما ما عن الحسن انه اسلم وهو ابن خمسة عشر سنه
فلم يوافقه احد عليه سوى رواية عن احمد لم يصح بل الصحيح عنه انه اسلم ابن ثمان سنين قال ابن الجوزي
استقر الحال بطل رواية الخمس عشرة لانه اذا كان له يوم البعث ثمان سنين فقد عاش معه ثلاثا وعشرين سنة
وبقي بعد النبي صلى الله عليه وسلم نحو ثلاثين سنة فمدة مقاربة الستين وهو الصحيح في مقدار عمره ثم اسند
عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي رضي الله عنه وهو ابن ثمان وخمسين سنه قال فمتى قلنا انه كان يوم
اسلامه ابن خمس عشر سنه صار عمره ثمانيا وستين ولم يقله احد واخرج البخاري في تاريخه عن عروة اسلم
علي وهو ابن ثمان سنين واخرج الحاكم في المستدرك من طريق ابن اسحق انه اسلم ابن عشر سنين واخرج
ايضا عن ابن عباس رضي الله عنهما دفع النبي صلى الله عليه وسلم الراية الى علي يوم بدر وهو ابن عشرين سنه
وقال صحيح على شرط الشيخين قال الذهبي هذا نص على انه اسلم وله اقل من عشر سنين بل نص انه اسلم ابن سبع
او ثمان سنين وما ذكره الثعلبي وغيره في اتفاق الاعمار من ان كلا من النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر
وعلي عاش ثلاثا وستين سنه يقتضي ان عمره حين اسلم كان عشر سنين ونحو ما تقدم من رواية الحاكم
من طريق ابن اسحق قال صاحب التنقيح ولانه صلى الله عليه وسلم عرض الاسلام على ابن صياد وهو غلام لم
يبلغ وقد يقال تصحيحه صلى الله عليه وسلم اسلامه ان اريد في احكام الاخرة وكلامنا في تصحيحه في احكام
الدنيا والاخرة حتى لا يرث اقاربه الكفار ونحو ذلك ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صححه في نحو هذه الاحكام

بل في العبادات فانه كان يصلي معه على ما هو ثابت ونحو ذلك نعم لو نقل من قوله صلى الله عليه وسلم
صححت اسلامه امكن ان يصرف اليه باعتبار الجهتين لكن لم ينقل ذلك وقد اورد هذا السؤال على خلاف هذا
الوجه وعلى ما ذكرنا هذا الوجه قيل ومن اقبح القبائح ان لا يسمى مسلما مع اشتغاله بتعلم القران وتعليمه
الصلاة قيل والعجب من الشافعي كيف يصح اختياره لاحد ابويه عند الفرقة مع ظهور انه انما يختار
من يطلق عنانه الى الاهوية من اللعب وغيره ولا يصح اختياره المقطوع بخيريته فان قال هو غير مكلف
قلنا انما يلزم ذلك اذا قلنا بوجوبه عليه قبل البلوغ كما عن ابي منصور والمعتزلة وانه يقع مسقطا
للواجب لكنا انما نختار انه يصح ليترتب عليه الاحكام الدنيوية والاخروية ثم اذا بلغ لزمه فلو ارتد
بعد البلوغ اجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل بخلاف المسلم البالغ وعند احمد ومالك يقتل ان لم يعد
الى الاسلام قال المصنف ولانه حقيقة الاسلام وهو التصديق والاقرار معه والتصديق الباطني
يحكم به للاقرار الدال عليه على ما عرف من تعليق الاحكام المتعلقة بالباطن به واذا كان قد اتى به فقد
دخلت حقيقة الايمان قائمة به في الوجود فكيف يصح ان يقال لم يدخل ولم يتصف مع الدخول
والاتصاف فان قال الايمان الذي نفيه منه هو المعتبر لا دخل في الوجود لا انفيه ولكن اقول
لا يعتبر شرعا قلنا دعوى بعدم الاعتبار بعد وجود الحقيقة اما لعدم اهلية الصحة وهو منتف
لانه جعل اهلا للنبوة كما في يحيى عليه الصلاة والسلام وهي فوق الايمان والاتفاق على اهليته للصلاة
والصوم حتى يصحان منه ويثاب عليهما واما لعدم اهلية الوجوب فلنلتزمه والكلام ليس فيه كما ذكرنا
انفا واما الحاجر شرعي فهو منتف ولا يليق ان يثبت شرعا منع عن الايمان بالله سبحانه مع عقليته ومعرفته
نعم مقتضى الدليل ان يجب عليه بعد البلوغ فيجب القصد الى تصديق واقرار يسقط به ولا يكفيه
استصحاب ما كان عليه من التصديق والاقرار غير المنوي به اسقاط الفرض كما انه لو كان يواظب الصلاة
قبل بلوغه لا يكون كما كان يفعل بل لا يكفيه بعد بلوغه منها الا ما قرنه بنية اداء الواجب امتثالا لكنهم
اتفقوا على انه لا يجب بل يقع فرضا قبل البلوغ اما عند فخر الاسلام فلانه يثبت اصل الوجوب به على الصبي
بالسبب وهو حدث العالم وعقلية دلالته دون وجوب الاداء لانه بالخطاب وهو غير مخاطب فاذا وجد
بعد السبب وقع الفرض كتعجيل الزكاة واما عند شمس الائمة فلا وجوب اصلا لعدم حكمه وهو وجوب
الاداء فاذا وجد وجد وصار كالمسافر يصلي الجمعة يسقط فرضه وليست الجمعة فرضا عليه لكن ذلك للترفيه
عليه بعد سببها فاذا فعل تم ولا نعلم خلافا بين المسلمين في عدم وجوب نية فرض الايمان بعد بلوغ من حكم
بصحة اسلامه صبيه تبعًا لابويه المسلمين او لاسلامه وابواه كافران ولو كان ذلك فرضا لم يغفله اهل
اجماع عن اخرهم واما قوله يشوبه ضرر قلنا ما يتعلق به السعادة الابدية ويزول به نوع مضرة ابدية
من رد اسلامه ليستمر على الكفر كل عاقل يعيبه ولا يبالي معه بذلك الضرر لانه لا نسبة له بالضرر الاخر
واما التنافي الذي ذكرنا فانما يلزم لو قلنا باجتماع كونه تبعًا واصلا معا ولسنا نقول به بل هو تبع
ما لم يعقل ويقر مختارا فاذا عقل واقر مختارا نقول انقطعت تبعيته في حق هذا الحكم وبقي اصلا
وفي المبسوط منع المضادة واجاز اجتماعهما كالمراة تسافر مع الزوج تكون مسافرة تبعا له حتى اذا لم ينو
الزوج السفر تكون مسافرة ولو نوته صارت مسافرة مقصودا وتبعا فجعلها امرين ثابتا باحدهما بالاخر
قال المص والضرر في الردة يعني الشافعي وزفر وابي يوسف انها مضرة محضة بخلاف الاسلام على اصل من

لانه تعلق به اعلى المنافع ودفع اعظم المضار ولابي حنيفة ومحمد ما قلنا من انها موجودة حقيقة بوجود
حقيقتها من الانكار والاقرار به ولا مرد للحقيقة فان قيل لا يلزم من اعتبار الحقيقة وعدم ردها
في الاسلام مثله في الردة لما في ذلك من النفع وفي الردة من الضرر الا يرى انه يصح منه قبول الهبة ولا يصح
منه الهبة. الجواب ان الحقيقة الداخلة منه في الوجود اذا كانت مما تقطع فيه بالعلم او الجهل فهي
التي لا يمكن اعتبارها كالايمان والردة فانه لا يمكن ان نجعل عارفا اذا علم جهله بالكفر ولا جاهلا اذا علم
علمه بالايمان فلا بد من اعتبارها بعد وجودها وصار كما اذا صام بنيته نجعل صايما شرعا فلو اكل جعل مفطرا
ولم نجعل صايما وكذا اذا صلى ثم افسدها فاما اذا كانت مما لا يقطع فيها بذلك بل هي دايرة بين علمه بالمصلحة
وجهله بها فلا نصحح منه لانا لم نتيقن بالمصلحة في نفس الامر وذلك كالهبة فانه جاز فيه كونه علم بالمصلحة
لما علمه من حسن الجزاء عليها بالضعف وجاز كونه جاهلا في ذلك فان لم يكن محتاجا اليه لذلك فمنعناها بخلاف القبول
فانا علمنا علمه بالمصلحة فلا نجعله جاهلا بها واذا ثبت ان الحقايق بعد العلم بثبوتها لا ترد لزم ضررها
بالضرورة الا ترى انا اتفقنا على جعله مرتدا اذا ارتد ابواه ولحقا به بدار الحرب مع ما فيه من الضرر
قوله الا انه اي الصبي المرتد يجبر على الاسلام لما فيه من النفع المتيقن ودفع اعظم المضار ولا يقتل
وهذه رابعة اربعة مسايل لا يقتل فيها المرتد احدها الذي كان اسلامه تبعا لابويه اذا بلغ مرتدا
ففي القياس يقتل كقول مالك والشافعي وفي الاستحسان لا يقتل لان اسلامه لما ثبت تبعا لغيره
صار شبهة في اسقاط القتل عنه وان بلغ مرتدا. الثانية اذا اسلم في صغره ثم بلغ مرتدا ففي القياس يقتل
وبه قال مالك واحمد وفي الاستحسان لا يقتل لقيام الشبهة بسبب اختلاف العلما في صحة اسلامه
في الصغر. والثالثة اذا ارتد في صغره. والرابعة المكره على الاسلام اذا ارتد لا يقتل استحسانا لان
الحكم باسلامه من حيث الظاهر لان قيام السيف على راسه ظاهر في عدم الاعتقاد فيصير شبهة في
اسقاط القتل وفي كل ذلك يجبر على الاسلام. ولو قتله قاتل قبل ان يسلم لا يلزمه شي ذكر الكل في المبسوط
ولها خامسة وهو اللقيط في دار الاسلام محكوم باسلامه ولو بلغ كافرا اجبر على الاسلام ولا يقتل كالمولود
بين المسلمين اذا بلغ كافرا وقال المصنف وجه عدم قتله لانه اي القتل عقوبة والعقوبات موضوعة عن الصبيان
مرحمة عليهم وبين ان الكلام كله في الصبي الذي يعقل الاسلام وفي المبسوط زاد كونه يحسن المناظرة ويفهم
ويفحم واعترض جماعة من الشارحين قول المصنف رحمة عليهم بانه يعذب في الاخرة مخلدا فليس بمرحوم
ونقل ذلك عن الاسرار والمبسوط وجامع التمرتاشي واحال التمرتاشي هذه الرواية الى التبصرة فالاولى
في التعليل ما في المبسوط من انه لا يقتل لاختلاف العلما في صحة اسلامه انتهى. ولفظه في المبسوط في
هذه المسالة فاذا حكم بصحة ردته بانت منه امراته ولكنه لا يقتل استحسانا لان القتل عقوبة
وهو ليس من اهل ان يلزم العقوبة في الدنيا بمباشرة سببه كساير العقوبات ولكن لو قتله انسان
لم يغرم شيا لا من ضرورة صحة ردته اهدار دمه دون استحقاق قتله كالمراة اذا ارتدت لا تقتل
ولو قتلها قاتل لم يلزمه شي ومن لا يعقل من الصبيان لا يصح ارتداده لان ارتداده لا يدل على تغير العقيدة
وكذا لا يصح اسلامه قوله وكذا المجنون لا يصح ارتداده بالاجماع ولا اسلامه والسكران الذي
لا يعقل كالمجنون وهو قول مالك واحمد في رواية والشافعي في قول. وقال في قول اخر يصح ارتداده
كطلاقه قلنا الردة تبتني على تبدل الاعتقاد ونعلم ان السكران غير معتقد لما قال ووقوع طلاقه لانه

لا يفتقر الى القصد ولذا الزم طلاق الناسي وتقدم في كتاب الطلاق فيه زيادة احكام فارجع اليه
في فصل وقوع طلاق كل زوج فروع كل من ابغض رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مرتدا فالسب
بطريق اولى ثم يقتل حدا عندنا فلا تعمل توبته في اسقاط القتل قالوا هذا مذهب اهل الكوفة ومالك
ونقل عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه ولا فرق بين ان يجي تايبا من نفسه او شهد عليه بذلك بخلاف غيره
من المكفرات فان الانكار فيها توبة فلا تعمل الشهادة معه حتى قالوا يقتل وان سب سكران ولا يعفى عنه ولا
بد من تقييده بما اذا كان سكره بسبب محظور باشره مختارا بلا اكراه والا فهو كالمجنون. وقال الخطابي لا اعلم
احدا خالف في وجوب قتله واما مثله في حق الله تعالى فتعمل توبته في اسقاط قتله. ومن هزل بلفظ
كفر ارتد وان لم يعتقده للاستخفاف فهو ككفر العناد. والالفاظ التي يكفر بها تعرف في الفتاوى واذا تهود
نصراني وعكسه لا نامره بالرجعة الا ما كان عليه لانه لا يومر بالكفر والردة محبطة ثواب جميع الاعمال
واذا عاد الى الاسلام ان عاد في وقت صلاة صلاها فعليه اداوها ثانيا. وكذا يجب عليه الحج ثانيا
ان كان حج واذا اعتق المرتد عبده ثم اعتقه ابنه ثم مات المرتد او قتل لا ينفذ لان عتق المرتد موقوف فهو
بطل واعتاق ابنه قبل ملكه لانه لا يملكه الا بعد الموت حقيقة او حكما ولا يتوقف بخلاف ما لو اعتق
الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم سقط الدين فانه ينفذ والفرق في المبسوط. وعن محمد يملك
الوارث وسببه قلنا اذا مات الابن وله معتق ثم مات الاب وهو المرتد وله معتق فماله لمعتقه لا لمعتق
ابنه لانه مات قبل تمام سبب الملك وتقبل الشهادة بالردة من عدلين ولا يعلم مخالف الا الحسن رحمه الله
قال لا تقبل في القتل الا اربعة قياسا على الزنا. واذا شهدوا على مسلم بالردة وهو منكر لا يتعرض له
لا لتكذيب الشهود العدول بل لان انكاره توبة ورجوع وقتل المرتد مطلقا الى الامام عند عامة اهل
العلم الا عند الشافعي في وجه في العبد الى سيده ومن اصاب حدا ثم ارتد ثم اسلم ان لم يلحق بدار الحرب
اقيم عليه الحد وان لحق ثم عاد لا يقام عليه وعند الشافعي واحمد يقام مطلقا. والمبني ظاهر وعندنا
انه لا يقبل توبة الساحر والزنديق في ظاهر المذهب وهو من لا يدين بدين. واما من يبطن الكفر
ويظهر الاسلام فهو المنافق ويجب ان يكون حكمه في عدم قبول توبته كالزنديق لان ذلك في الزنديق
لعدم الاطمينان الى ما يظهر من التوبة اذا كان يخفي كفره الذي هو عدم اعتقاده دينا والمنافق
مثله في الاخفا. وعلى هذا فطريق العلم بحاله اما بان يعثر بعض الناس عليه او يسره الى من امن اليه
والحق ان الذي يقتل ولا يقبل توبته هو المنافق فالزنديق ان كان حكمه ذلك فيجب ان يكون مبطنا لكفره
الذي هو عدم التدين بدين ويظهر تدينه بالاسلام او غيره الى ان ظفر به وهو عربي والا لو
فرضناه مظهرا لذلك حتى تاب يجب ان لا يقتل وتقبل توبته كساير الكفار المظهرين لكفرهم اذا اظهروا
التوبة وكذا من علم انه ينكر في الباطن بعض الضروريات كحرمة الخمر ويظهر اعتقاد حرمته وقال
اصحابنا للسحر حقيقة وتاثير في ايلام الاجسام خلافا لمن منع ذلك وقال انما هو تخييل وتعليم السحر
وتعلمه حرام بلا خلاف بين اهل العلم واعتقاد اباحته كفر وعن اصحابنا ومالك واحمد يكفر الساحر
بتعلمه وفعله سواء اعتقد تحريمه او لا ويقتل. وقد روي عن عمر وعثمان وابن عمر وكذلك عن جندب
ابن عبد الله وحبيب بن كعب وقيس بن سعد وعمر بن عبد العزيز فانهم قتلوه بدون الاستتابة وفيه حديث
مرفوع رواه الشيخ ابو بكر في احكام القران ثنا ابن قانع ثنا بشر بن موسى ثنا ابن الاصبهاني ثنا ابو معاوية

عن اسمعيل بن موسى عن الحسن عن جندب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال حد الساحر ضربه بالسيف انتهى
يعني القتل قال وقصة جندب في قتله الساحر بالكوفة عن الوليد بن عتبة مشهورة وعند الشافعي لا يقتل
ولا يكفر الا اذا اعتقد اباحته. واما الكاهن فقيل هو الساحر. وقيل هو العراف الذي يحدس ويتخرص
وقيل هو الذي له من الجن من ياتيه بالاخبار قال اصحابنا ان اعتقد ان الشياطين يفعلون له ما يشاء كفر
وان اعتقد انه تخييل لم يكفر وعند الشافعي ان اعتقد ما يوجب الكفر مثل التقرب الى الكواكب وانها تفعل
ما يلتمسه كفر وعند احمد حكمه حكم الساحر في رواية يقتل لقول عمر اقتلوا كل ساحر وكاهن وفي روا
ان تاب لم يقتل وتجب ان لا يعدل عن مذهب الشافعي في كفر الساحر والعراف وعدمه واما قتله فيجب
ولا يستتاب اذا عرف مزاولته لعمل السحر لسعيه بالفساد في الارض لا بمجرد علمه اذا لم يكن في اعتقاده ما يوجب
كفره واذا طلب المرتدون الموادعة لا نجيبهم الى ذلك

باب البغاة

قدم احكام قتال الكفار ثم اعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن
مطرد في كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغي في اللغة الطلب بغيت كذا اي طلبته قال
تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغ ثم اشتهر في العرف في طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغي في عرف الفقها
الخارج على امام الحق والخارجون عن امام الحق والخارجون عن طاعته اربعة اصناف احدها الخارجون
بلا تاويل بمنعة وبلا منعة ياخذون اموال المسلمين ويقتلونهم ويخيفون الطريق وهم قطاع الطريق
والثاني قوم كذلك الا انهم لا منعة لهم لكن لهم تاويل فحكمهم حكم قطاع الطريق ان قتلوا قتلوا وصلبوا وان
اخذوا مال المسلمين قطعت ايديهم وارجلهم على ما عرف. والثالث قوم لهم منعة وحمية خرجوا عليه بتاويل
يرون انه على باطل كفرا ومعصية يوجب قتاله بتاويلهم وهؤلا يسمون بالخوارج يستحلون دما المسلمين
واموالهم ويسبون نساهم ويكفرون اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وحكمهم عند جمهور الفقها
وجمهور اهل الحديث حكم البغاة وعند مالك يستتابون فان تابوا والا قتلوا دفعا لفسادهم لا لكفرهم
وذهب بعض اهل الحديث الا انهم مرتدون لهم حكم المرتدين لقوله صلى الله عليه وسلم يخرج قوم من
اخر الزمان احداث الاسنان سفها الاحلام يقولون من خير قول البريه يقرون القران لا يجاوز حناجرهم
يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرميه فاينما لقيتهم فاقتلهم فان في قتلهم اجر لمن قتلهم يوم القيمة
رواه البخاري وعن ابي امامة انه راى رؤسا منصوبة على درج مسجد دمشق فقال كلاب اهل
النار كلاب اهل النار كلاب اهل النار قد كان هؤلاء مسلمين فصاروا كفارا قيل يا ابا امامة هذا
شي تقوله قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر لا اعلم احدا وافق اهل الحديث على تكفيرهم
وهذا يقتضي نقل اجماع الفقها وذكر في المحيط ان بعض الفقها لا يكفر احدا من اهل البدع وبعضهم
يكفرون بعض اهل البدع وهو من خالف ببدعته دليلا قطعيا ونسبه الى اكثر اهل السنة والنقل
الاول اثبت نعم يقع في كلام اهل المذاهب تكفير كثير ولكن ليس من كلام الفقها الذين هم المجتهدون
بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقها والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر اعرف بنقل مذاهب
المجتهدين بل من غيرهم ولا عبرة بغير الفقها والمنقول عن المجتهدين ما ذكرنا وابن المنذر اعرف بنقل مذاهب
المجتهدين وما ذكره محمد بن الحسن في اول الباب من حديث كثير الحضرمي يدل على عدم تكفير الخوارج وهو قوله

الحضرمي دخلت مسجد الكوفة من قبل ابواب كنده فاذا نفر خمسة يشتمون عليا رضي الله عنه وفيهم رجل عليه
برنس يقول اعاهد الله لاقتلنه فتعلقت به وتفرق اصحابه فاتيت به عليا رضي الله عنه فقلت اني سمعت
هذا يعاهد الله ليقتلنك فقال ادن ويحك من انت فقال انا سوار المنقري فقال علي رضي الله عنه
خل عنه فقلت اخلي عنه وقد عاهد الله ليقتلنك فقال افاقتله ولم يقتلني قلت فانه قد شتمك
قال فاشتمه ان شئت او دعه ففي هذا دليل ان ما لم يكن للخارجين منعة لا يقتلهم وانهم ليسوا كفارا
لا يشتم علي ولا يقتله قبل الا اذا استحله فان من استحل قتل مسلم فهو كافر ولا بد من تقييده بان لا يكون
القتل بغير حق او عن تاويل واجتهاد يؤديه الى الحكم عليه خلافا للمستحل بلا تاويل والا لزم تكفيرهم لان
الخوارج يستحلون القتل بتاويلهم الباطل ومما يدل على عدم تكفيرهم ما ذكر محمد ايضا حيث قال وبلغنا عن
علي رضي الله عنه انه بينما هو يخطب يوم الجمعة اذ حكمت الخوارج من ناحية المسجد فقال علي رضي الله عنه
كلمة حق اريد بها باطل لن نمنعكم مساجد الله ان يذكروا فيها اسم الله ولن نمنعكم الفي ما دامت ايديكم مع ايدينا
ولن نقاتلكم حتى يقاتلونا ثم اخذ في خطبته ومعنى قوله حكمت الخوارج نادوا بقولهم الحكم لله وكانوا يتكلمون
بذلك اذا اخذ علي في الخطبة ليشوشوا خاطره فانهم كانوا يقصدون بذلك نسبته الى الكفر لرضاه بالتحكيم
في صفين. ولهذا قال علي رضي الله عنه كلمة اريد بها باطل يعني تكفيره وفيه دليل ان الخوارج اذا قاتلوا
الكفار مع اهل العدل يستحقون من الغنيمة ما يستحقه غيرهم من المسلمين وانه لا يعذر بالتعريض بالشتم
لان نسبته الى الكفر شتم عن صوابه ولم يصرحوا بذلك. والرابع قوم مسلمون خرجوا على امام العدل ولم
يستبيحوا ما استباحه الخوارج من دما المسلمين وسبي ذراريهم وهم البغاة **قوله** واذا تغلب قوم من
المسلمين على بلد وخرجوا عن طاعة امام الناس به في امان والطرقات امنة دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف
عن شبهتهم التي اوجبت خروجهم لان عليا رضي الله عنه فعل ذلك باهل حرورا قبل قتالهم وليس ذلك واجبا
بل مستحب لانهم كمن بلغتهم الدعوة لا تجب دعوتهم ثانيا ويستحب. وحرورا قرية من قرى الكوفة وفيه المد
والقصر ومنه قول عايشة رضي الله لمعاذة احرورية انت اشد النساء في سنه الكبرى في خصايص
علي الى ابن عباس رضي الله عنه قال لما خرجت الحرورية اعتزلوا في دار وكانوا ستة الاف فقلت لعلي يا امير المؤمنين
ابرد بالصلاة لعلي اكلم هؤلاء القوم قال اني اخافهم عليك قلت كلا فلبست ثيابي ومضيت حتى دخلت عليهم
في دار وهم مجتمعون فيها فقالوا مرحبا بك يا ابن عباس ما جاء بك قلت اتيتكم من عند اصحاب النبي المهاجرين والانصار
ومن عند ابن عم النبي صلى الله عليه وسلم وصهره وعليهم نزل القران وهم اعرف بتاويله منكم وليس فيكم منهم
احد لابلغكم ما يقولون وابلغهم ما تقولون فانتحى لي نفر منهم قلت هاتوا ما نقمتم على اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم وابن عمه وختنه واول من امن به قالوا ثلاث قلت ما هي قالوا احدهن انه حكم الرجال في دين الله
وقد قال تعالى ان الحكم الا لله قلت هذه واحدة قالوا واما الثانية فانه قاتل ولم يسب ولم يغنم فان
كانوا كفارا فقد حلت لنا نساؤهم واموالهم وان كانوا مؤمنين لقد حرمت علينا دماؤهم قلت هذه
اخرى قالوا واما الثالثة فانه محى نفسه من امير المؤمنين فان لم يكن امير المؤمنين فهو امير الكافرين.
قلت هل عندكم شي غير هذا قالوا حسبنا هذا قلت لهم ارايتم ان قرات عليكم من كتاب الله وحدثتكم من
سنة نبيكم ما يرد قولكم هذا اترجعون قالوا اللهم نعم قلت اما قولكم انه حكم الرجال في دين الله فانا اقرا عليكم
ان قد صير الله حكمه الى الرجال في ارنب ثمنها ربع درهم قال تعالى لا تقتلوا الصيد وانتم حرم الى قوله يحكم به

ذوا عدل منكم وقال في المراة وزوجها وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها انشدكم
الله احكم الرجال في حقن دماوكم وانفسكم واصلاح ذات بينهم احق ام في ارنب ثمنها ربع درهم قالوا اللهم
بل في حقن دمايهم واصلاح ذات بينهم قلت اخرجت من هذه قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه قاتل ولم
يسب ولم يغنم اتسبون امكم عايشة فتستحلون منها ما تستحلون من غيرها وهي امكم لين فعلتم لقد كفرتم
فان قلتم ليست امنا فقد كفرتم قال الله تعالى النبي اولى بالمومنين من انفسهم وازواجه امهاتهم فانتم بين ضلالتين
فاتوا منهما بمخرج اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم قلت واما قولكم انه محى نفسه من امير المومنين فان
رسول الله صلى الله عليه وسلم دعا قريشا يوم الحديبية على ان يكتب بينه وبينهم كتابا فقال اكتب هذا ما
قاضى عليه محمد رسول الله فقالوا والله لو كنا نعلم انك رسول الله ما صددناك عن البيت ولا قاتلناك ولكن
اكتب محمد بن عبد الله فقال والله اني لرسول الله وان كذبتموني يا علي اكتب محمد بن عبد الله فرسول الله صلى الله
عليه وسلم خير من علي وقد محى نفسه ولم يكن محوه ذلك محوا من النبوة اخرجت من هذه الاخرى قالوا اللهم نعم
فرجع منهم الفان وبقي سايرهم فقتلوا على ضلالتهم فقتلهم المهاجرون والانصار وروى الحاكم ابن عبد الله بن
شداد اسحكته عايشة عن الذين قتلهم علي فقال لما كانت حرب معاوية وحكم الحكمين خرج عليه ثمانية
الاف من قرا الناس فنزلوا بارض يقال لها حروراء من جانب الكوفة الى ان قال فبعث علي اليهم عبد الله بن عباس
فخرجت معه حتى اذا توسطنا عسكره قام ابن الكوا خطيبا فقال يا حملة القران هذا عبد الله بن عباس فمن
لم يكن يعرفه فانا اعرفه من كتاب الله ما نعرفه به هذا ممن نزل فيه وفي قومه بل هم قوم خصمون فردوه الى
صاحبه ولا تواضعوه كتاب الله فقام خطباوهم وقالوا والله لنواضعنه فواضعهم عبد الله بن عباس
الكتاب ووضعوه ثلاثة ايام فرجع منهم اربعة الاف فيهم ابن الكوا حتى ادخلهم الكوفة على علي الى اخر
الحديث وقال على شرط البخاري ومسلم **قوله** ولا يبدا بقتال حتى يبداوه هكذا ذكر القدوري وهو
غير ما قدمناه من قول علي رضي الله عنه ولن نقاتلكم حتى تقاتلونا وذكر الامام الاجل المعروف بخواهر زاده
ان عندنا يجوز ان يبدا بقتالهم اذا تعسكروا واجتمعوا وقال الشافعي لا يجوز حتى يبدوا وابو حنيفة وهو
قول مالك واحمد واكثر اهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم اي البغاة مسلمون لقوله تعالى
وان طايفتان من المومنين اقتتلوا ثم قال فان بغت احديهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى
امر الله ونحن اردنا الحكم وهو حل القتال على دليل قتالهم وذلك هو الاجتماع على قصد القتال
والامتناع لانه لو انتظر حقيقة قتالهم ربما لا يمكنه الدفع لتقوي شوكتهم وتكثر جمعهم والفتنة تسرع اليها
اهل الفساد وهم الاكثر والكفر ما اباح القتال الا للحربية والبغاة كذلك ويجب على كل من اطاق الدفع ان
يقاتل مع الامام الا اذا ابد واما يجوز لهم القتال كان ظلمهم او ظلم غيرهم ظلما لا شبهة فيه بل يجب ان يعينوهم
حتى ينصفهم ويرجع عن جوره بخلاف ما اذا كان الحال مشتبها انه ظلم مثل تحميل بعض الجبايات التي للامام
اخذها والحاق الضرر بها الدفع اعم منه ويجوز قتالهم بكل ما يقاتل به اهل الحرب من المنجنيق وارسال
الماء والنار وخواهر زاده معناه ابن الاخت وكان ابن اخت القاضي الامام ابي ثابت قاضي سمرقند واسم
خواهر زاده محمد وكنيته ابو بكر واسم ابيه حسين البخاري وهو معاصر لشمس الايمة السرخسي ويوافق له في
اسمه وكنيته لان شمس الايمة اسمه محمد وكنيته ابو بكر بن سهل وتوفي كل منهما في العام الذي توفي فيه الاخر
وهو عام ثمان وثمانين واربعمائة وفخر الاسلام ايضا معاصر لهما وتوفي سنة احدى وثمانين واربعمائة **قوله**

واذا بلغه انهم يشترون السلاح ويتاهبون للقتال ينبغي ان ياخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا
توبة دفعا للشر بقدر الامكان والمروي عن ابي حنيفة رحمه الله من قوله الفتنة اذا وقعت بين المسلمين فالواجب
على كل مسلم ان يعتزل الفتنة ويقعد في بيته لقوله صلى الله عليه وسلم من فر من الفتنة اعتق الله رقبته من النار
وقال لواحد من الصحابة كن جلسا من احلاس بيتك رواه الحسن بن زياد محمول على ما اذا لم يكن لهم امام وما
روي عن جماعة من الصحابة انهم قعدوا في الفتنة محمول على انه لم يكن لهم قدرة ولا غنا وربما كان بعضهم في
تردد من حل القتال كما روي عن بعضهم انه اتى عليا يطلب عطاه من بيت المال فمنعه علي رضي الله عنه وقال
له اين كنت يوم صفين فقال اعطني سيفا اعرف به الحق من الباطل فقال له ما قال الله تعالى هذا وانما قال
فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وما روي اذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار محمول
على اقتتالهما حمية وعصبية كما يتفق بين اهل قريتين ومحلتين او لاجل الدنيا والمملكة قال الذهبي صح عن
ابي وايل عن ابي ميسرة عمرو بن شرحبيل قال رايت كان قبابا في رياض فقلت لمن هذه فقالوا لذي الكلاع واصحابه
ورايت قبابا في رياض فقلت لمن هذه فقيل لعمار بن ياسر واصحابه قلت وكيف وقد قتل بعضهم بعضا
قال انهم وجدوا الله واسع المغفرة انتهى وهذا لان قتالهم عن اجتهاد **قوله** فان كان لهم فية اجهز
على جريحهم اي اسرع في اماتته واتبع موليهم على البنا للمفعول فيهما للقتل والاسر دفعا لشرهم كيلا
يلتحقا اي الجريح والمولي بهم اي بالفية على معنى القوم وان لم يكن لهم فية لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم
لاندفاع الشر بدون ذلك وهو المطلوب وقال الشافعي واحمد ايضا لا يجوز ذلك اي الاجهاز والاتباع
في الحالين حالتي الفية وعدمها لان القتال اذا تركوه بالتولية والجراحة المعجزة عنه لم يبق قتلهم دفعا ولا
يجوز قتلهم الا دفعا لشرهم ولما روى ابن ابي شيبة عن عبد خير عن علي انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا
تجهزوا على جريح ومن القى سلاحه فهو امن واسند ايضا من قوله ولا يقتل اسير وجوابه ما ذكرنا ان المعتبر
في جواز القتل دليل قتالهم لا حقيقته ولان قتل ما ذكرنا اذا كان له فية لا يخرج عن كونه دفعا لانه يتحيز الى
الفية ويعود شره كما كان واصحاب الجمل لم يكن لهم فية اخرى سواهم **قوله** ولا يسبى لهم ذرية اذا ظهر عليهم
ولا يقسم لهم مال بين المقاتلة لقول علي رضي الله عنه فيما روى ابن ابي شيبة ان عليا لما هزم طلحة واصحابه
امر مناديه فنادى ان لا يقتل مقبل ولا مدبر يعني بعد الهزيمة ولا يفتح باب ولا يستحل فرج ولا مال
وروى عبد الرزاق نحوه وزاد وكان علي لا ياخذ مال المقتول ويقول من اعترف شيا فلياخذه وفي
الاوسط باسناده عن علي انه قال يوم الجمل لا تتبعوا مدبرا ولا تجهزوا على جريح ولا تقتلوا اسيرا واياكم
والنسا وان شتمن اعراضكم وسببن امراكم ولقد رايتنا في الجاهلية وان الرجل ليتناول المراة بالجريدة
او بالهراوة فيعير بها هو وعقبه من بعده هذا وفي حديث مرفوع رواه الحاكم في المستدرك والبزار في
مسنده من حديث كوثر بن حكيم عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هل تدري يا ام عبد
كيف حكم الله فيمن بغى من هذه الامة قال الله ورسوله اعلم لا يجهز على جريحها ولا يقتل اسيرها ولا يطلب
هاربها ولا يقسم فيها واعله البزار بكوثر بن حكيم وبه تعقب الذهبي على الحاكم قال وبلغنا ان عليا
رضي الله عنه القى ما اصاب من عسكر اهل النهروان في ارض الرحبة فمن عرف شيا اخذه حتى كان اخر ما قد
حديد لانسان فاخذه وقول علي رضي الله عنه في الاسير تاويله اذا لم يكن لهم فية فان كانت فالامام بالخيار
ان شاء قتل الاسير وان شاء حبسه وان كان عبدا يقاتل وان شاء حبسهم والعبد الذي لا يقاتل بل يخدم مولاه

المسلمين ص

عجس لما ذكرنا من دفعه الشر بقدر الامكان وفيه خلاف الائمة الثلاثة ومعنى الخيار ان يحكم نظره فيما هو
احسن الامرين في كسر الشوكة من قتله وحبسه ويختلف ذلك بحسب الحال لا بهوى النفس والتشفي واذا اخذت
المراة من اهل البغي وكانت تقاتل حبست ولا تقتل الا في حالة مقاتلتها دفعا وانما تحبس للمعصية ولمنعها
من الشر والفتنة **قوله** ولا باس ان يقاتلوا بسلاحهم ان احتاج اهل العدل اليه وكذا الكراع يقاتلون عليه
وقال الشافعي لا يجوز استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا رد قبله لانه مال مسلم فلا يجوز ذلك
الا برضاه ولنا ان عليا الخ يريد بما روى ابن ابي شيبة في اخر مصنفه في باب وقعة الجمل بسنده الى ابن الحنفية
ان عليا رضي الله عنه قسم يوم الجمل في العسكر ما اجافوا عليه من كراع وسلاح قال المص وكانت قسمته للحاجة
لا للتمليك ولولا ان فيه اجماعا لامكن التمسك ببعض الظواهر في تملكه فان ابن ابي شيبة اسند عن ابي
البختري لما انهزم اهل الجمل قال علي رضي الله عنه لا [illegible] من كان خارجا من العسكر وما كان من دابة او سلاح
فهو لكم وليس لكم ام ولد واي امراة قتل زوجها فلتعتد اربعة اشهر وعشرا فقالوا يا امير المؤمنين تحل
لنا دماؤهم ولا تحل لنا نساؤهم فخاصموه فقال هاتوا نساءكم واقرعوا على عائشة فهي راس الامر وقائدهم
قال فخصمهم علي رضي الله عنه وعرفوا وقالوا نستغفر الله قال المص ولان للامام ان يفعل ذلك في مال العادل
اي يستعين بكراعه وسلاحه عند حاجة المسلمين اليه ففي مال الباغي اولى والمعنى المجوز فيه انه دفع الضرر
الاعلى وهو الضرر المتوقع لعامة المسلمين بالضرر الادنى وهو اضرار بعضهم لدفع ضرر كلهم ويحبس الامام
اموالهم لدفع شرهم واضعافهم بذلك ولا يردها اليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم او على ورثتهم
اذا ظهر ذلك واذا حبسهم كان بيع الكراع اولى لان حبس الثمن انظر ولا ينفق عليه من بيت المال ليتوفر مؤنتها عليه
وهذا اذا لم يكن للامام بها حاجة **قوله** وما جباه اهل البغي من البلاد التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لا ياخذه
الامام ثانيا اذا ظهر على البغاة لان ولاية الاخذ انما كانت له لحمايته اياهم ولم يحمهم وما قيل ان عليا لما ظهر على
اهل البصرة لم يطالبهم بشيء مما جبوه فيه نظر لان الخوارج لا نعلم انهم غلبوا على بلدة فاخذوا جباياتها قالوا وكان
ابن عمر اذا اتاه ساعي الحرورية ادفع اليه زكاته وكذا سلمة بن الاكوع ثم ان كانوا صرفوه الى حقه اي الى مصارفه
اجزا من اخذ منه ولا اعادة عليه لوصول الحق الى مستحقه وان لم يكونوا صرفوه في حقه فعلى من اخذ منهم ان يعيدوا
الاداء فيما بينهم وبين الله تعالى قال المص قالوا اي المشايخ لا اعادة على الارباب في الخراج لانهم اي البغاة مقاتلة
وهم مصرف الخراج وان كانوا اغنياء وفي العشر ان كانوا فقراء فكذلك وان كانوا اغنياء افتوا بالاعادة وكذا في
زكاة الاموال كلها الواجب وهنا وتقدم ذلك والمدفوع مصادرة اذا نوى الدافع التصدق عليهم في كتاب الزكوة
فارجع اليه **قوله** ومن قتل رجلا الخ يعني اذا كان رجلان من اهل البغي فقتل احدهما الاخر لا يجب على القاتل
دية ولا قصاص اذا ظهرنا عليهم لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان العادل اذا قتله لا يجب عليه شيء فلما كان مباح
القتل لم يجب به شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية وهو بالمنعة ولا ولاية لامامنا عليهم فلم يجب شيء
وصار كالقتل في دار الحرب وعند الائمة الثلاثة يقتل به لان عندهم كل موضع تجب فيه العبادات في
اوقاتها فهو كدار العدل وتقدم الكلام فيه **قوله** واذا غلبوا على مصر من امصار اهل العدل فقتل رجل
من اهل المصر رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا على ذلك المصر فانه يقتص منه ومعنى المسألة كما قال فخر الاسلام انهم
غلبوا ولم يجر فيها حكمهم بعد حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر اي اخرجهم قبل تقرر حكمهم لانه حينئذ لم
ينقطع ولاية الامام فوجب القود اما لو جرت احكامهم حتى صارت في حكم محل ولايتهم فلا قود ولا قصاص

ولكن يستحق عذاب الاخرة **قوله** واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه يرثه بالاتفاق لانه مامور بقتاله
فلا يحرم الميراث به وان قتل الباغي العادل وقال كنت على الحق وانا الان على الحق ورثه وان قال قتلته وانا
اعلم اني على الباطل لم يرثه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا يرث الباغي العادل في
الوجهين وهو قول الشافعي واصله اي اصل هذا الخلاف ان العادل اذا اتلف نفس الباغي او ماله لا يضمن عندنا
ولا ياثم لانه مامور بقتالهم دفعا لشرهم وهذا بالاتفاق والباغي اذا قتل العادل بعد قيام منعتهم وشوكتهم
لا يجب الضمان عليه عندنا ويأثم وبه قال احمد والشافعي في قوله الجديد ولو قتله قبل ذلك اقتص منه
اتفاقا وكذا لا يضمنون المال وقال الشافعي في القديم يضمن وبه قال مالك لانها نفوس واموال معصومة
فيضمن بالاتلاف ظلما وعدوانا وعلى هذا الخلاف لو مات المرتد وقد اتلف نفسا او مالا ولنا انه اتلاف من
لم يعتقد وجوب الضمان في حال عدم ولاية الالزام عليه فلا يؤاخذ به قياسا على اهل الحرب والحاصل ان نفي الضمان
منوط بالمنعة مع التاويل فلو تجردت المنعة عن التاويل كقوم غلبوا على اهل بلدة فقتلوا واستهلكوا الاموال
بلا تاويل ثم ظهر عليهم اخذوا بجميع ذلك ولو انفرد التاويل عن المنعة بان انفرد واحد واثنان فقتلوا واخذوا
عن تاويل ضمنوا اذا تابوا وقدر عليهم والدليل على ما ذكرنا اجماع الصحابة رواه الزهري قال عبد الرزاق في
مصنفه انبانا معمر اخبرني الزهري ان سليمان بن هشام كتب اليه يساله عن امراة خرجت من عند زوجها وشهدت
على قومها بالشرك ولحقت بالحرورية فتزوجت ثم انها رجعت الى اهلها تائبة قال فكتب اليه اما بعد فان الفتنة
الاولى ثارت واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ممن شهد بدرا كثير فاجتمع رايهم على ان لا يقيموا على احد
حدا في فرج استحلوه بتاويل القران ولا قصاص في دم استحلوه بتاويل القران الا ان يوجد شيء بعينه فيرد على صاحبه
واني ارى ان ترد على زوجها وان يحد من افترى عليها قال المص ولانه اتلف عن تاويل فاسد والفاسد من التاويل
ملحق بالصحيح اذا ضمت اليه المنعة في حق الدفع اي نفي الضمان وصار كما في منعة اهل الحرب وتاويلهم ولا يخفى
ان هذا الاعتبار وهو الحاق الفاسد من الاجتهاد الذي لم يسوغ حتى ضلل مرتكبه بالصحيح بشرط انضمام المنعة
اليه وتعليله بانه عند انضمام المنعة ينقطع ولاية الالزام فيلزم السقوط كله مستندا الى الاجماع المنقول
عن الصحابة والا فلا يلزم من العجز عن الالزام سقوطه شرعا بل انما يلزم سقوط الخطاب به ما دام العجز عن الزامه
ثابتا فاذا ثبتت القدرة تعلق خطاب الالزام كما يقوله الشافعي لكن لما كان الاجماع المنقول في صورة مقيدة بما ذكرنا
كان ذلك اصلا شرعيا ضرورة الاجماع المذكور اذا عرفت هذا فيقول ابو يوسف الحاق التاويل الفاسد بالصحيح
بقول الصحابة كان في دفع الضمان والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق للارث فالحاقه به بلا دليل وهما يقولان
المتحقق من الصحابة جعل تلك المنعة والاعتقاد دافعا لولاه لثبت لثبوت اسباب الثبوت الا ترى انه لولا تلك
المنعة والاعتقاد لثبت الضمان لثبوت سببه من القتل عمدا واتلاف المال المعصوم فينا ولما نحن فيه
فان القرابة التي هي سبب استحقاق الميراث قائمة والقتل بغير حق مانع وحد عن اعتقاد الحقية مع المنعة
فمنع مقتضاه من المنع فعمل السبب عمله من اثبات الميراث **قوله** ويكره بيع السلاح من اهل الفتنة وفي
عسكرهم لانه اعانة على المعصية وليس ببيعه بالكوفة من اهل الكوفة ومن لم يعرف من اهل الفتنة باس لان الغلبة
في الامصار لاهل الصلاح وانما يكره بيع نفس السلاح لانه يقاتل بعينه لا ما لا يقاتل به الا بصنعة تحدث فيه
ونظيره كراهة بيع المعازف لان المعصية تقام بها عينها ولا يكره بيع الخشب المتخذ هي منه وعلى هذا بيع الخمر
لا يصح ويصح بيع العنب والفرق في ذلك كله ما ذكرنا وقيل الفرق الصحيح ان الضرر هنا يرجع الى العامة وهناك يرجع

الى الخاصة ذكره في الفوايد الظهيرية **فروع** اذا طلب اهل البغي الموادعة اجيبوا اليها اذا كان خيرا للمسلين
لان المسلمين قد يحتاجون الى الموادعة لحفظ قوتهم والاستزادة من التقوي عليهم ولا يوخذ منهم عليها شي لانهم مسلمون
ومثله في المرتدين الا انهم اذا اخذوا املكوا ثم يجبرون على الاسلام واذا تاب اهل البغي تندم انهم لا يضمنون
ما اتلفوا وفي المبسوط روي عن محمد قال افتيهم بان يضمنوا ما اتلفوا من النفوس والاموال ولا الزمهم بذلك
في الحكم قال شمس الايمة وهذا صحيح فانهم كانوا معتقدين دين الاسلام وقد ظهر لهم خطاوهم الا ان ولاية الالزام
كانت منقطعة للمنعة فيفتوا به ولو استعان اهل البغي باهل الذمة فقاتلوا معهم لم يكن ذلك منهم نقضا للعهد
كما ان هذا الفعل من اهل البغي ليس نقضا للايمان فالذين انضموا اليه من اهل الذمة لم يخرجوا من ان يكونوا
ملتزمين حكم الاسلام في المعاملات وان يكونوا من اهل الدار فحكمهم حكم البغاة واذا وقعت الموادعة
فاعطى كل فريق رهنا على ان ايهما غدر يقتل الاخرون الرهن فغدر اهل البغي وقتلوا الرهن لا يحل لاهل العدل
قتل الرهن بل يحبسونهم حتى يهلك اهل البغي او يتوبوا لانهم صاروا امنين بالموادعة او باعطائنا الامان
لهم حين اخذناهم رهنا والغدر من غيرهم لا يواخذون به لكن يحبسون مخافة ان يرجعوا الى فئتهم ولذا
اذا كان هذا الصلح بين المسلمين والكفار حبس رهنهم حتى يسلموا فان ابوا جعلوا ذمة ووضعت عليهم الجزية
لانهم حصلوا في ايدينا امنين **وحكي** ان المنصور كان ابتلي به مع اهل الموصل ثم انهم غدروا وقتلوا رهنه
فجمع العلما يستشيرهم في رهنهم فقالوا يقتلون كما شرطوا على انفسهم وفيهم ح ساكت فقال له ما تقول قال
ليس لك ذلك فانك شرطت لهم ما لا يحل وشرطوا لك ما لا يحل وكل شرط ليس في كتاب الله باطل ولا تزر وازرة
وزر اخرى فاغلظ عليهم القول وامر باخراجه من عنده وقال ما دعوتك لشي الا ما اتيتني بما اكره ثم
جمعهم من الغد وقال تبين لي ان الصواب ما قلت فماذا نصنع بهم قال سل العلما فسالهم فقالوا لا علم لنا كان
ابو حنيفة يوضع عليهم الجزية قال لم وهم لا يرضون بذلك قال لانهم رضوا بالمقام في دارنا على التابيد والكافر
اذا رضي بذلك يوضع عليه الجزية فاستحسن قوله واعتذر اليه وآذا امن رجل من اهل العدل رجلا من اهل
البغي جاز امانه لانه ليس اعلى شقاقا من الكافر وهناك يجوز فكذا هنا ولانه قد يحتاج لمناظرته ليتوب ولا
ولا باس في ذلك ما لم يبار كل من الاخر ومنه ان يقول لا باس عليك ولا يجوز امان الذمي اذا كان يقاتل مع اهل
البغي ولو ظهر اهل البغي على بلد فولوا فيه قاضيا من اهله ليس من اهل البغي صح وعليه ان يقيم الحدود والحكم
بين الناس بالعدل فان كتب هذا القاضي كتابا الى قاضي اهل العدل بحق لرجل من مصر بشهادة من شهد عنده
ان كان القاضي يعرفهم وليسوا من اهل البغي اجازه وان كانوا من اهل البغي او لا يعرفهم لا يعمل به لان الغالب فيمن
ليس عندهم انه منهم ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضي اهل البغي لانهم فسقه ويكره اخذ روسهم
فيطاف بها في الافاق لانه مثلة وجوزه بعض المتاخرين اذا كان فيه طمانينة قلوب اهل العدل او كسر شوكتهم
ويكره للعادل قتل اخيه او ابيه من اهل البغي بخلاف اخيه الكافر فانه لا يكره لانه اجتمع في الباغي حرمتان
حرمة الاسلام وحرمة القرابة وفي الكافر حرمة القرابة فقط وآذا كان رجل من اهل العدل في صف اهل
البغي فقتله رجل من اهل العدل لم يكن عليه فيه دية كما لو كان في صف اهل الحرب لانه اهدر دمه حين وقف
في صفهم ولو دخل باغ بامان فقتله عادل عليه الدية كما لو قتل المسلم مستامنا في دارنا وهذا البقاء شبهة الاباحة
في دمه واذا حمل العادل على الباغي فقال تبت والقى السلاح وما لم يلق السلاح في صورة من الصور كان له قتله
ومتى القاه كف عنه بخلاف الحربي لا يلزمه الكف عنه بالقاء السلاح ولو غلب اهل البغي على بلد فقاتلهم اخرون

من اهل البغي فارادوا ان يسبوا ذراري اهل المدينة وجب على اهل البلد ان يقاتلوا ويذودوا عنهم لانهم لا يسبون
فوجب قتالهم واذا وادع اهل البغي قوما من اهل الحرب لا يحل لاهل العدل غزوهم لانهم مسلمون وامان المسلم
اذا كان في منعة نافذ على جميع المسلمين فان غدر بهم البغاة فسبوا لا يحل لاحد من اهل العدل ان يشتري منهم ولو
ظهر اهل البغي على اهل العدل فالجاوهم الى دار الشرك لم يحل لهم ان يقاتلوا المشركين مع اهل الشرك لان حكم
اهل الشرك ظاهر عليهم ولا يحل لهم ان يستعينوا باهل الشرك على اهل البغي اذا كان حكم اهل الشرك هو الظاهر
ولا باس بان يستعين اهل العدل بالبغاة والذميين على الخوارج اذا كان حكم اهل العدل هو الظاهر لانهم يقاتلون
لاعزاز الدين والاستعانة عليهم بقوم منهم او من اهل الذمة كالاستعانة عليهم بالكلاب واذا ولى البغاة
قاضيا في مكان غلبوا عليه فقضى ما شاء ثم ظهر اهل العدل فرفعت قضيته الى قاضي العدل نفذ منها ما هو
عدل وكذا ما قضاه براي بعض المجتهدين لان قضا القاضي في المجتهدات نافذ وان كان يخالف الراي قاضي العدل
ولو استعان البغاة باهل الحرب فظهروا عليهم سبينا اهل الحرب ولا تكون استعانة البغاة بهم امانا منهم
لهم حتى يلزمنا امانهم على ما قدمنا لان المستامن بمن يحل دار الاسلام تاركا للحرب وهولاء ما دخلوا الا
ليقاتلوا المسلمين

كتاب اللقيط

اعقب اللقيط واللقطة الجهاد لما فيه من كون النفوس والاموال تصير عرضة للفوات وقدم اللقيط على
اللقطة لتعلقه بالنفس والمتعلق به مقدم على المتعلق بالمال اللقيط لغة ما يلقط اي يرفع من الارض فعيل
بمعنى مفعول سمي الولد المطروح خوفا من العيلة او من تهمة الزنا باعتبار ماله اليه لانه آيل الى ان يلقط
في العادة كالقتيل في قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه والالتقاط مندوب اليه
لما فيه من احيا نفس مسلمة اذا لم يغلب على الظن ضياعه فان غلب على ظنه ضياعه كان واجبا وقال الشافعي
وبا في الايمة الثلاثة فرض كفاية الا اذا خاف هلاكه ففرض عين يحتاج الى دليل الوجوب قبل الخوف نعم اذا
غلب على الظن ضياعه او هلاكه فكما قالوا وهو المراد بالوجوب الذي ذكرناه لا الوجوب باصطلاحنا لان
هذا الحكم وهو الزام التقاطه اذا خيف هلاكه مجمع عليه والثابت بقطعي فرض **قوله** اللقيط حر
ولو كان الملتقط عبدا اي في جميع احكامه حتى يحد قاذفه والجناية عليه كالجناية على الاحرار ولا يحد قاذف
امه لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط وانما حكم الشرع فيه بالحرية لان الاصل في بني
آدم الحرية لانهم اولاد خيار المسلمين آدم وحوا وانما عرض الرق بعروض الكفر لبعضهم فالمتيقن بالعارض
لا يحكم به وكذا الدار دار الاحرار لان الحكم للغالب والغالب في جميع اقطار الدنيا الاحرار **قوله** ونفقته
في بيت المال اي اذا لم يكن له مال وهذا بالاخلاف واصله ما روى مالك في الموطا عن سنين ابي جميلة
رجل من بني سليم انه وجد منبوذا في زمن عمر بن الخطاب قال فجيت به الى عمر فقال ما حملك على اخذ هذه
النسمة فقال وجدتها ضايعة فاخذتها فقال له عريفه يا امير المومنين انه رجل صالح قال كذلك قال
نعم قال اذهب به فهو حر وعلينا نفقته وعن مالك رواه الشافعي في مسنده وقال البيهقي وعن الشافعي
يرويه عن مالك ويقول فيه وعلينا نفقته من بيت المال انتهى وكذلك رواه عبد الرزاق قال انبانا
مالك عن ابن شهاب ثني ابو جميلة انه وجد منبوذا على عهد عمر بن الخطاب فاتاه به فاتهمه عمر رضي الله عنه
فاثني عليه خيرا فقال عمر هو حر وولاوه لك ونفقته في بيت المال وتهمة عمر دل عليها ما في رواية عنه

في حديث ابي جميلة ان قال له عسى الغوير ابؤسا وهو مثل لما يكون ظاهره خلاف باطنه واول من قاله الزبا
وما قيل فيه دليل على ان الملتقط ينبغي ان ياتي به الى الامام اولا ليس بلازم نعم من لم يتبرع بالانفاق وقصد
ان ينفق عليه من بيت المال كما فعل ابو جميلة يحتاج الى ان ياتي به اليه واذا جاء به الى الامام لا يصدقه فيخرج
من بيت المال نفقته الا ان يقيم بينة على الالتقاط لانه عساه ابنه ولذا قال عمر عسى الغوير ابؤسا والوجه
ان لا يتوقف على البينة بل ما يترجح صدقه الا ترى ان عمر لما قال عريفه انه رجل صالح انفق عليه فان هذه
البينة ليست على رضاع البينات فانها لم تقم على خصم حاضر وانما كانت ليترجح صدقه في اخباره بالالتقاط
ولذا قال في المبسوط هذه لكشف الحال والبينة لكشف الحال مقبولة وان لم تكن على خصم قال الواقدي
وحدثني محمد بن عبد الله بن اخي الزهري عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال كان عمر اذا اتي بلقيط فرض له ما
يصلحه ورزقا ياخذه وليه كل شهر ويوصي به خيرا ويجعل رضاعه في بيت المال ونفقته وروى عبد الرزاق
ثنا سفيان الثوري عن زهير بن ابي ثابت عن ذهل بن اوس عن تميم انه وجد لقيطا فاتى به الى علي رضي الله عنه
فالحقه على مائة ولانه مسلم عاجز عن الكسب ولا مال له ولا قرابة اغنياء لتجب نفقته عليهم فكانت في بيت المال
كالمقعد الذي لا مال له ولان ميراثه لبيت المال والخراج بالضمان اي لبيت المال غنمه اي ميراثه
وديته حتى لو وجد اللقيط قتيلا في محلة كان على اهل تلك المحلة ديته لبيت المال وعليهم القسامة وكذا
اذا قتله الملتقط او غيره خطا فالدية الى الامام على ما تقدم في مثله فعليه غرمه ولهذا كانت جنايته
في بيت المال بلا خلاف وبه احتج احمد رحمه الله تعالى بحديث الحسن البصري ان رجلا التقط لقيطا فاتى به عليا
رضي الله عنه فقال هو حر ولان اكون وليت من امره مثل الذي وليت منه احب الي من كذا وكذا فحرض على
ذلك ولم ياخذه منه بالولاية العامة وهي الامامة لانه لا ينبغي للامام ان ياخذه من الملتقط الا بسبب
يوجب ذلك لان يده سبقت اليه فهو احق به **قوله** والملتقط متبرع بالانفاق عليه لعدم الولاية على
ان يلحقه الدين ليرجع عليه اذا كبر واكتسب الا ان يامر القاضي به ليكون دينا عليه يعني هذا القيد
بان يقول انفق عليه ويكون ذلك دينا عليه وظاهر الحصر المذكور في قوله الا ان يامر الى اخره يفيد انه
لو امره ولم يقل ليكون دينا لا يرجع بما انفق وهو كذلك في الاصح لان مطلق الامر بالانفاق [illegible]
ترغيبه في اتمام الاحتساب وتحصيل الثواب وقيل يوجب له الرجوع لان امر القاضي كامر اللقيط بنفسه اذا
كان كبيرا لعموم ولاية القاضي فاذا انفق بالامر الذي يصيره دينا عليه فبلغ فادعى انه انفق عليه كذا
فان صدقه اللقيط رجع به وان كذبه فالقول قول اللقيط وعلى الملتقط البينة **قوله** فان ادعى مدع انه
ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا قال المصنف معناه اذا لم يدع الملتقط
نسبه يعني بها بناء على دعوى المدعي ومقارنا اما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج اولى
وان ادعياه معا فالملتقط اولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان
صاحب اليد اولى وهو الذي لم نحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسان والقياس
ان لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن ابطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء
الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان انه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانتفائه
اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير متهم به ويد الملتقط ما اعتبرت الا
لحصول مصلحته منه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ما ذكرنا حاصل بهذه الدعوة

فيقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مترتبا على وجوب ايصال هذا النفع اليه لان الاب احق بكونه
في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تقبل ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت
عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم ان عند البعض يثبت نسبه من المدعي
ويكون في يد الملتقط لتجتمع منفعتا الولد والملتقط بشيء واما ثبوت النسب في دعوى ذي اليد فقيل يصح
قياسا واستحسانا اي ليس فيه قياس يخالف والصحيح انهما ايضا فيه الا ان وجه القياس فيه غيره في دعوى
الخارج فان ذلك هو استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى
انه لقطة كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض وجه الاستحسان فيه ما قدمناه والتناقض لا يضر في
دعوى النسب لانه مما يخفى ثم يظهر وهذا معنى ما في الاصل الذي احال المصنف ولو ادعاه اثنان خارجان
معا ووصف احدهما علامة في جسده فطابق فهو اولى به من الاخر الا ان يقيم الاخر البينة فيقدم على ذي
العلامة او كان مسلما وذو العلامة ذمي ولو اقاما البينة واحدهما ذمي كان ابنا للمسلم ولو لم يصف احدهما
علامة كان ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو اقاما وهما مسلمان ولو كانت دعوى
احدهما سابقة على الاخر كان ابنه ولو وصف الثاني علامة لثبوته في وقت لا منازع له فيه وانما تعتبر ذو العلامة
للترجيح بها بعد ثبوت سببي الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما بخلاف ادعاء اثنين عينا في يد ثالث وذكر
احدهما علامة لا يفيد شيئا وكذا في دعوى اللقطة لا يجب الدفع بالوصف لان سبب الاستحقاق هناك ليس مجرد
الدعوى بل البينة فلو قضي لكان اثبات الاستحقاق ابتداء بالعلامة وذلك لا يجوز انما حال العلامة
ترجح احد السببين ولو ادعاه اثنان خارجان فاقام احدهما انه كان في يده قبل ذلك كان احق به لظهور تقدم
اليد وكلما لم يترجح دعوى واحد من المدعيين يكون ابنا لهما وعند الشافعي يرجع الى القافة على ما قدمنا في باب
الاستيلاد ولا يلحق باكثر من اثنين عند ابي يوسف وهو رواية عن احمد وعند محمد لا يلحق باكثر من ثلثة
وفي شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين فعن ابي حنيفة رحمه الله انه يجوز الى خمسة ولو ادعته امراة
لا تقبل الا ببينة لان فيه تحميل ابن واحدة منهما وهو رواية ابي سليمان عنه وهذا كله في حال حيوة اللقيط
فلو مات عن مال فادعى انسان نسبه لا يثبت لان تصديقه كان باعتبار ان اللقيط محتاج الى ذلك وبالموت استغنى
عنه فبقي كلامه مجرد دعوى الميراث ولا يصدق الا ببينة على ذلك **قوله** واذا وجد اللقيط في مصر من امصار
المسلمين او في قرية من قراهم فهو مسلم لا فرق بين كون ذلك المصر كان مصر الكفار ثم ارجعوا وظهرنا عليه اولا
ولا بين كونه فيه كفار كثيرون اولا فان ادعاه ذمي انه ابنه يثبت نسبه منه وكان مسلما استحسانا والقياس انه
لا يثبت نسبه منه لان في ثبوت نسبه منه نفي اسلامه الثابت بالدار وهو باطل وجه الاستحسان ان دعواه
تضمنت شيئين النسب وهو نفع للصغير ونفي الاسلام الثابت بالدار وهو ضرر به وليس من ضرورة النسب
من الكافر الكفر لجواز مسلم هو ابن كافر بان اسلمت امه فصححنا دعوته فيما ينفعه من ثبوت النسب دون ما يضره
الا اذا اقام بينة من المسلمين على نسبه فحينئذ يكون كافرا وذكر ابن سماعة عن محمد في الرجل يلتقط اللقيط
فيدعيه نصراني وعليه زي اهل الشرك فهو ابنه وهو نصراني وذلك ان يكون في رقبته صليب او عليه
قميص ديباج او وسط راسه مجزوزا انتهى ولا ينبغي ان يجعل قميص الديباج علامة في هذه الديار لان المسلمين
كثيرا ما يفعلونه واذا حكمنا بانه ابن الذمي وهو مسلم فيجب ان ينزع من يده اذا قارب ان يعقل الاديان
كما قلنا في الحضانة انه اذا كانت امه المطلقة كافرة **قوله** وان وجد في قرية من قرى اهل الذمة او في بيعة

او كنيسة في دار الاسلام كان ذميا هكذا قال القدوري كان المصنف هذا الجواب فيما اذا كان الواجد ذميا
رواية واحدة فان كان مسلما في هذا المكان اي قرية من قرى اهل الذمة او بيعة او كنيسة او كان الواجد ذميا
لكن وجده في مكان المسلمين اختلفت الرواية فيه ففي كتاب اللقيط العبرة للمكان في الفصلين وهو ما اذا كان
الواجد مسلما في نحو الكنيسة او ذميا في غيرها من دار الاسلام وعليه مشى القدوري هنا لان المكان سابق
والسبق من اسباب الترجيح وفي كتاب الدعوى اختلفت النسخ في بعض النسخ اعتبر الواجد في الفصلين وهو
رواية ابن سماعة في الفصلين لان اليد اقوى من المكان الا ترى ان الصبي المسبي مع احد الابوين الى دار الاسلام
يكون كافرا حتى لا يصلى عليه اذا مات وفي بعض نسخه اي نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام اي
ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغيرة ولا ينبغي ان يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر في دار الاسلام
او مسلم في كنيسة كان مسلما فصارت الصور اربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم في نحو كنيسة او كافر
في نحو قرية للمسلمين وفي كفاية البيهقي في قرية من قرى المسلمين فهو مسلم او كافر في نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان
وهما مسلم في نحو كنيسة او كافر في نحو قرية للمسلمين. وفي كفاية البيهقي قيل يعتبر بالسيما والزي لانه
حجة قال الله تعالى تعرفهم بسيماهم يعرف المجرمون بسيماهم. وفي المبسوط كما لو اختلط الكفار يعني
موتانا بموتاهم الفصل بالزي والعلامة. ولو فتحت القسطنطينية فوجد فيها شيخ يعلم صبيا ناحوله
القران يزعم انه مسلم وجب الاخذ بقوله **قوله** ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه لان الاصل
الحرية لما قدمنا الا ان يقيم بينة لا يقال هذه البينة ليست على خصم فلا يقبل لان الملتقط خصم لانه احق بثبوت
يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينقض بما اذا ادعى خارج نسبه فانه به تزول بلا بينة
على الاوجه والفرق انه اعتبرت لمنفعة الولد وفي دعوى النسب منفعة تفوق المنفعة التي اوجبت اعتبار
يد الملتقط من الحصول ما يفوق المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو مما يضره
لتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزال الا ببينة **قوله** فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه لانه
ينفعه وكان حرا لان المملوك قد تلد له الحرة فيكون الاب عبدا والولد حرا لانه يتبع امه في الحرية والرق
فيقبل فيما ينفعه دون ما يضره على ما ذكرنا في دعوى الذمي فلم يكن من ضرورة ثبوت نسبه منه رقه فلا تبطل
الحرية الظاهرة بالشك اذا لم يضف ولادته الى امراة امة فان اضاف الى امراته الامة ففيه خلاف بين
ابي يوسف ومحمد ذكر في الذخيرة ان الولد حر عند محمد وعند ابي يوسف عبد ومحمد يقول في دعوى العبد
نفع هو النسب وضرر هو الرق واحدهما ينفصل عن الاخر فيعتبر فيما ينفعه دون ما يضره وابو يوسف
يقول لما صدقه الشرع في ثبوت النسب يصدقه فيما كان من ضروراته تبعا فيحكم برقه تبعا خلاف الذمي
فانه ليس من ضرورته ثبوت كفره لجواز اسلام زوجته وعلى هذا لو قال الذمي انه من زوجتي الذمية
لا يصدق **قوله** والحر في دعوته اللقيط اولى من العبد يعني اذا ادعياه وهما خارجان لما قدمناه
انه اذا كان الملتقط ذميا ادعاه مع مسلم خارج رجح عليه. وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه والمسلم
انه عبده فهو ابن الذمي لانه يفوز بالنسب والحرية مع الحكم باسلامه ولا كذلك في دعوى رقه الا ان يقيم بينة
رقه فيكون رقيقا كما ان الذمي اذا ادعاه ابنا له واقام بينة من المسلمين يكون كافرا ولو وجد طفل في يد عبد
محجور ذكر انه التقطه ولا بينة له على الالتقاط وكذبه مولاه وقال هو عبدي فالقول قول المولى لان العبد
المحجور لا يد له على نفسه فما في يده كما في يد المولى وكذا لو ادعى عين في يده لاخر وكذبه المولى لا يصح اقراره كما لو كا

في يد المولى ولو كان العبد ماذونا في التجارة فالقول قول العبد لان الماذون يدا على نفسه حتى يصح اقراره
بما في يده لغير السيد وان كذبه السيد فيكون الولد الذي في يده حرا الا ان يقيم سيده بينة انه عبده
قوله واذا وجد مع اللقيط مال مشدود عليه او دابة هو مشدود عليها فالكل له بلا خلاف اعتبارا
للظاهر اي في دفع ملك غيره عنه ثم يثبت ملكه في ذلك بقيام يده مع حريته المحكوم بها وقوله لما ذكرنا يرجع الى
قوله اعتبارا للظاهر ثم يصرفه الواجد اليه بامر القاضي لانه مال ضايع اي لا حافظ له وما لكه وان كان معه
فلا قدرة له على الحفظ وللقاضي ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواجد بامره والقول قوله في نفقة
مثله وقيل له صرفه عليه بغير امر القاضي ايضا لانه للقيط كما حكيناه وللواجد الانفاق وشراء ما لا بد منه
من الطعام والكسوة لانه من الانفاق وشراء ما لا بد له عطف على ولاية من قوله وله ولاية الانفاق اي للواجد
ولاية الانفاق وله شراء ما لا بد للقيط منه وبهذا قال احمد ويجوز للملتقط تزويج اللقيط واللقيطة
لانعدام سبب ولاية الانكاح من القرابة والملك والسلطنة وهذا بلا خلاف ولا تصرفه في ماله ببيع ولا
شراء شيء يستحق الثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اعتبارا
بالام فانها لا يجوز لها ذلك مع انها تملك من التصرفات ما لا يملكه الملتقط كالتزويج عند عدم العصبة
فعدم ملكه لذلك اولى وهذا اي عدم تصرف كل من الام والملتقط بالبيع ونحوه لان ولاية التصرف انما
هو لتثمير المال وذلك انما يتحقق بالراي الكامل والشفقة الوافرة والموجود في كل منهما احدهما لان في
الام شفقة كاملة مع قصور في الراي وفي الملتقط راي كامل مع قصور شفقته لعدم القرابة ونظير ما ذكر
المصنف هنا ما قدمه في ثبوت الخيار للصغيرة اذا بلغت وقد زوجها غير الاب والجد من كتاب النكاح **قوله**
ويجوز ان يقبض اي الملتقط للقيط الهبة والصدقة عليه لانه نفع محقق ولذا يملكه الصغير بنفسه اذا
كان عاقلا ويملكه الام ووصيها قال القدوري ويسلمه في صناعة لانه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الضياع
وصيانته عن الفساد ثم قال القدوري ويؤاجره لانه من التثقيف يعني التقويم وفي الجامع الصغير لا يجوز
ان يؤاجره ذكره في الكراهية قال المصنف وهو الاصح لانه لا يملك اتلاف منافعه بالاستخدام والاعارة بلا
عوض فبالعوض بالاجارة اولى **فروع** ادعاه الملتقط عبدا له بعدما عرف الالتقاط لا يصدق الا
ببينة كالخارج ولو ادعاه ذمي واقام بينة من اهل الذمة انه ابنه لا عبرة لها لان نسبه ثبت بمجرد دعواه
واثر هذه البينة في كونه كافرا ولا يثبت بذلك ولو وجده مسلم وكافر فتنازعا في كونه عند احدهما يقضي
به للمسلم لانه محكوم له بالاسلام فكان المسلم اولى بحفظه ولانه يعلمه احكام الاسلام بخلاف الكافر واذا
بلغ اللقيط فاقر انه عبد فلان وفلان يدعيه ان كان قبل ان يقضي عليه بما لا يقضي به الا على الاحرار كالحد
الكامل ونحوه صح اقراره وصار عبدا له لانه غير متهم فيه وان كان بعد القضاء بنحو ذلك لا يقبل ولا يصير به
عبدا لان فيه ابطال حكم الحاكم ولانه مكذب شرعا في ذلك فهو كما لو كذبه الذي اقر له بالرق ولو كانت اللقيطة
امراة فاقرت بالرق بعد ما كبرت او كان بعد التزوج صح وكانت امة للمقر له ولا تصدق في ابطال النكاح
لان الرق لا ينافي النكاح ابتداء ولا بقاء فليس من ضرورة الحكم برقها انتفاء النكاح ولو بلغ فتزوج امراة ثم
اقر انه عبد لفلان ولامراته عليه صداق فصداقها لازم عليه لا يصدق في ابطاله لانه دين ظهر وجوبه
فهو متهم في اقراره هذا وكذا اذا استدان دينا او بايع انسانا او كفل كفالة او وهب او تصدق وسلم او
دبر او كاتب او اعتق ثم اقر انه عبد لفلان لا يصدق في ابطال شيء من ذلك لانه متهم وتقدم انه من اهل

فلوانه والى رجلا بعدما ادرك الملتقط او غيره ان كان قبل ان يتاكد ولاؤه لبيت المال بان جنى جناية وعقله
بيت المال فلا يصح ولا ينتقل ميراثه عن بيت المال وان كان قبل ذلك جاز لان ولاءه لم يتاكد لبيت المال فله
ان يوالي من شاء وصار كالذي اسلم من اهل الحرب له ان يوالي من شاء الا ان يجني فيعقله بيت المال ٥

كتاب اللقطة

هي فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها
للمفعول كضحكة وهزءة للذي يضحك منه ويهزأ به وانما قيل للمال لقطة بالفتح لان طباع النفوس في
الغالب تبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار انه داع الى اخذه بمعنى فيه نفسه كانه الكثير الالتقاط
مجازا والا فحقيقته الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي انه بفتح القاف اسم للمال ايضا محمول
على هذا يعني يطلق على المال ايضا ثم اختلف في صفة رفعها فنقل عن المتقشفة انه لا يحل له لانه مال الغير
فلا يضع يده عليه بغير اذنه وبعض التابعين وبه قال احمد يحل والترك افضل اما الحل فلانه عليه الصلاة
والسلام لم ينه عن ذلك ولا انكر على فعله بل امره بتعريفها على ما سنذكر واسند اسحق بن راهويه عنه عليه
السلام من اصاب لقطة فليشهد ذا عدل واما فضيلة الترك فلان صاحبها يطلبها في المكان الذي فقدها
ولم يذكر خصوص المكان فاذا تركها كل احد فالظاهر ان يجدها صاحبها لانه لا بد عادة ان يمر في ذلك المكان
مرة اخرى في عزم ولان الظاهر سقوطها في اثناء الطرقات التي يمر بها او يجلس في عادة امره وعامة الفقهاء
على انه اليه وفيده الطحاوي وغيره بما اذا كان يامن على نفسه فان كان لا يامن تركها ولانه يجوز ان يصل
بجنانه اليها فان غلب على ظنه ذلك اثم باخذها في الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له ان يضعها
مكانه ففي ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره **قوله** واللقطة امانة اذا اشهد الملتقط انه ياخذها
ليحفظها ويردها على صاحبها لان الاخذ على هذا الوجه ماذون فيه شرعا بل هو افضل وظاهر المبسوط
اشتراط عدل لهن الى آخره واذا كان كذلك يعني اذا كان اشهد واذا كان امانة بان اشهد لا يكون مضمونة
عليه فلو هلكت بغير صنع منه لا ضمان عليه وكذا اذا صدقه المالك في قوله انه اخذها ليردها وصار
تصادقهما كبينة على انه اخذها ليردها ولو اقر انه اخذها لنفسه ضمنها بالاجماع وان لم يشهد وقال
اخذتها للرد للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يضمن وبه قال الشافعي ومالك
واحمد وفي شرح الاقطع ذكر محمدا مع ابي يوسف والقول له مع يمينه انه اخذها ليردها لان الظاهر
شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اختياره الحسبة لا المعصية ولان الاخذ ماذون فيه شرعا فيفيد كونه
للمالك فاذا اخذ ان لم يكن الظاهر انه اخذه للمالك فاقل ما في الباب ان يكون مشكوكا في انه اخذه له او لنفسه
فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو اخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ للمالك وفيه
وقع الشك فلا يبرا وما ذكر ابو يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر
كون المتصرف عاملا لنفسه فان قال كون اخذ المال سببا للضمان اذا لم يكن باذن الشرع فاما باذنه فممنوع واذا
لم يثبت ان هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم
فالجواب ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الامكان على ما ذكرنا انفا من رواية اسحق من اصاب لقطة
فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما اذا امكنه الاشهاد واما اذا لم يمكنه عند الرفع او خاف انه ان اشهد
اخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالاجماع والقول قوله مع يمينه كونه يعني من الاشهاد كذا قال في الكفاية

في الاشهاد ان يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي او عندي ضالة ارشي فمن سمعتموه الى اخره فاذا
جاء صاحبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة او اكثر لانه اي اللقطة بتاويل الملتقط
اسم جنس ولا يجب ان يعين ذهبا او فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني ادنى ما يكون من التعريف
ان يشهد عند الاخذ ويقول آخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا
وقول المصنف يكفيه من الاشهاد ان يقول الى اخره يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام ان يكون الاشهاد الذي
امر به في الحديث هو التعريف **وقوله** عليه الصلاة والسلام من اصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها
ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف اي الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل
ما لم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذا خلافية ابي يوسف فيما اذا لم يعرفها
اصلا حتى ادعى صاحبها ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها واخذها كذلك وقولهما ان اذن الشرع مقيد
بالاشهاد اي بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما امر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن
انه اخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد اي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به
انه اخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من انه اذا اخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن
من غير قيد بكونه ردها في مكانه او بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر انه لم ياخذها لنفسه وبه
ينتفي الضمان عنه وفيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه
ذهب بها اولا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما
لزمه حفظه بالاخذ **قوله** فان كانت اللقطة اقل من عشرة عرفها اياما وفسرها المصنف بحسب ما يرى
الامام من غير تفصيل وذلك انه روي عن ابي حنيفة ان كانت ما بين عشرة فصاعدا عرفها حولا وان كانت اقل
من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وفي رواية اخرى قال فيما دون العشرة ان كانت ثلاثة فصاعدا
يعني الى العشرة يعرفها عشرة ايام وان كانت درهما فصاعدا يعني الى ثلاثة يعرفها ثلاثة ايام وان كانت
دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان كانت دون الدانق ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الائمة
شيء من هذا ليس بتقدير لازم بل يعرف القليل بقدر ما يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وهذا
اخذا بالرواية التي ذكرناها قبلها وتوجيه والظاهر انه انما قدر بتلك التقديرات في القليل لغلبة الظن
ان المالك في تلك المقادير لا يطلبها بعد تلك المدد فكان المعول عليه غلبة ظن تركها وظاهر الرواية
وهو ما ذكر محمد في الاصل تقديره بالحول من غير فصل بين قليل وكثير وهو قول مالك والشافعي واحمد
لقوله عليه الصلاة والسلام ما سنذكر وكذا روي عن عمر وعلي وابن عباس وجه ما ذكر المصنف من
قوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وفيه الفاظ منها ما رواه البزار
عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه
سنة ومعنى لا تحل اللقطة اي لا يحل للملتقط تملكها وهذا لا يتعرض للالتقاط نفسه وفي الصحيحين عن زيد
ابن خالد الجهني سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال اعرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها ثم
استنفقها فان جاء صاحبها فادها اليه ووجه الاول ان التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار
تساوي الف درهم والعشرة فما فوقها في معنى الالف شرعا في تعلق القطع بسرقته وتعلق استحلال الفرج به وليست
في معناها في حق تعلق الزكاة فاوجبنا التعريف بالحول احتياطا بما فيه الزكاة من المائتين فما فوقهما احتياطا

من ما بين الى العشرة عرفها شهرا وان كانت اقل

وما دون العشرة ليس في معنى الالف شرعا بوجه ففوضنا التعريف فيها الى راي المبتلى به والمراد بقوله
كانت مائة دينار ما في الصحيحين واللفظ للبخاري عن ابي بن كعب قال اخذت صرة مائة دينار فاتيت
النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد
ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وهذا يقتضي
قصر حديث العام على حديث المائة دينار وليس كذلك بل قد ورد الامر بالتعريف سنة في غير حديث مطلقا
عن صورة المائة دينار كما قدمنا وغيره مما لم نذكره **قوله** وقيل الصحيح ان شيئا من هذه المقادير ليس بلازم
ولا التقدير بالعام ويفوض الى راي المبتلى به يعرفها الى ان يغلب على ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك
ثم يتصدق بها وهذا ذكره شمس الائمة واختاره واستدل عليه بحديث الثلث سنين في المائة دينار
فانه يعرف به ان ليس التقدير بلازم بل انما يتبع عند الملتقط ان صاحبه تركه بعد المدة اولا وهذا
يختلف باختلاف خطر المال الا ترى ان المال لما كان ذا خطر كبير امره عليه الصلاة والسلام ان يعرفه
ثلاث سنين **قوله** وان كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى يخاف فساده فيتصدق به قال المصنف وينبغي
ان يعرفها في الموضع الذي اصابها فيه وفي الجامع يعني الاسواق وابواب المساجد فينادي من ضاع له
شيء فليطلبه عندي واعلم ان ظاهر الامر بتعريفها سنة يقتضي تكرار التعريف عرفا وعادة وان كان
طرفية السنة للتعريف يصدق بوقوعه مرة واحدة لكن يجب حمله على المعتاد من انه يفعله وقتا ويكرر
ذلك كلما وجد مظنة وما قدمنا من قول الولوالجي مما يفيد الاكتفاء بالمرة الواحدة هو في دفع الضمان
عنه اما الواجب فان يذكرها مرة بعد مرة **قوله** وان كانت اللقطة شيئا يعلم ان صاحبه لا يطلبه
كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة فيجوز الانتفاع بها للواجد بلا تعريف وعنه صلى الله عليه
انه راى تمرة على الطريق فقال لولا اخشى ان تكون من تمر الصدقة لاكلتها ولا يعلم خلاف فيه بين العلماء
ولكن لا تبقى على ملك مالكه وان كان القاؤها اباحة لا تمليكا لان التمليك من المجهول لا يصح وذكر
شيخ الاسلام انها لو كانت متفرقة فجمعها ليس للمالك اخذها لانها تصير ملكا له بالجمع وعلى هذا التقاط
السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد وفي غير موضع تقييد هذا الجواب اعني جواز الانتفاع بها بما
اذا كانت متفرقة وان كانت مجتمعة في مكان فلا يجوز الانتفاع بها لان صاحبها ما جمعها فالظاهر
انه ما القاها واعرض عنها بل سقطت منه او وضعها ليرفعها وعن ابي يوسف لو جز صوف شاة ميتة
كان له ان ينتفع به ولو وجد صاحب الشاة في يده كان له ان ياخذه منه ولو دبغ جلدها كان لصاحبها
ان ياخذه بعد ان يعطيه ما زاد الدباغ وفي الخلاصة والتفاح والكمثرى والحطب في الماء لا باس
باخذه **قوله** فان جاء صاحبها اخذها والا تصدق بها واكلها ان كان فقيرا واستقرضها باذن الامام
وتملكها ان شاء وان شاء امسكها ابدا حتى يجيء صاحبها واذا خشي الموت يوصي بها كيلا [illegible] المورث
ثم الورثة ايضا يعرفونها ومقتضى النظر انهم لو لم يعرفوها حتى هلكت وجاء صاحبها ان يضمنوا
لانهم وضعوا ايديهم على اللقطة ولم يشهدوا اي لم يعرفوا او يغلب على الظن بذلك ان قصدهم تغييبها ويجري
فيه خلاف ابي يوسف وسياتي الخلاف في ذلك اخر الباب فان جاء صاحبها بعد التصدق فهو بالخيار ان
شاء امضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق وان حصل باذن الشرع لم يحصل باذنه اي باذن المالك
وحصول الثواب للانسان يكون بفعل اختاره ولم يوجد ذلك قبل لحوقه الاذن والرضى فبالاجازة والرضى

يصير كانه فعل بنفسه لرضاه بذلك فان قيل كيف تلحقه الاجازة وهي تتوقف على قيام المحل وقد يكون
مجيء المالك بعد استهلاك الفقير لها اجاب بان ذلك فيما يتوقف فيه الملك على الاجازة كما في بيع الفضولي
اما هنا فالملك يثبت قبل ذلك شرعا لان الامر بالتصدق عند عدم ظهور المالك بعد التعريف لا
يفيد مقصوده دون ملك المتصدق عليه واذا ثبت الملك قبلها ومعلوم انه مطلق للتصرف وحال
الفقير يقتضي سرعة استهلاكها ثبت عدم توقف اعتبارها على قيام المحل بعد ثبوت اعتبارها بعد
الاستهلاك شرعا اجماعا حتى ينتقل اليه الثواب وان شاء ضمن الملتقط لانه سلم ماله الى غيره بغير اذنه
فان قلت لكنه باذن الشرع واباحة منه قلنا الثابت من الشارع اذنه في التصدق لا ايجابه وهذا
القدر لا ينافي وجوب الضمان حقا للعبد كما في اذنه في تناول مال الغير عند المخمصة والمرور في الطريق
مع ثبوت الضمان فاذا جاز ان يثبت اذنه مقيدا به كما ذكرنا وجب ان يثبت كذلك لان الاصل ثبوت ضمان
مال العبد على المتصرف فيه بغير اذنه وان شاء ضمن المسكين اذا كان المدفوع اليه هلك في يده لانه قبض ماله
بغير اذنه فان قلت اذا قبضها الفقير ثبت ملكه فيها باذن الشرع فكيف يسترجعها اجيب بانه لا مانع
من ثبوت الملك باذن الشرع مع ثبوت حق الاسترداد كما في الهبة والمرتد الراجع من دار الحرب مسلما
بعد اخذ الورثة ماله بعد الحكم باللحاق واذا كان كذلك جعل كذلك عند عدم اذنه وان كان قائما
اخذه لانه وجد عين ماله وما نقل عن القاضي ابي جعفر من انه انما يرجع على الملتقط اذا تصدق بغير
امر القاضي اما اذا كان بامره فلا يرجع ردوه بانه خلاف المذهب فانه لو تصدق القاضي بنفسه كان للمالك
ان يضمنه اذا جاء فضلا عن الملتقط المتصدق بامره وهذا لان القاضي ناظر للغيب في اموالهم حفظا لها
لا اتلافا فلا ينفذ من اتلافه الا ما الزمه شرعا القيام به والتصدق ليس كذلك **قوله** ويجوز الالتقاط
في الشاة والبقر والبعير وقال مالك والشافعي واحمد اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك افضل
وعلى هذا الخلاف الفرس لهم ان الاصل في اخذ مال الغير الحرمة واباحة الالتقاط مخافة الضياع واذا
كان معها ما تدفع عن نفسها به كالقرن مع القوة في البقر والرفس مع الكدم وزيادة القوة في البعير والفرس
يقل ظن الضياع ولكنه يتوهم فيقضي بالكراهة في الاخذ والندب الى الترك هذا ولكن كلامهم يقتضي
ان الخلاف في جواز الاخذ وحله وهو الظاهر ولنا انها لقطة يتوهم ضياعها فيستحب اخذها وتعريفها
صيانة لاموال الناس كما في الشاة لكن هذا قياس معارض بما روى اصحاب الكتب الستة كلهم عن زيد بن خالد
الجهني قال جاء رجل يسال النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة
فان جاء صاحبها والا فشانك بها قلت فضالة الغنم قال هي لك او لاخيك او للذئب وفي الصحيح قال
خذها فانما هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة الابل قال ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها
ترد الماء وتاكل الشجر فذرها حتى يجدها ربها وروى ابو داود عن جرير بن عبد الله انه امر بطرد بقرة لحقت
ببقره حتى توارت فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يؤوي الضالة الا ضال وقال عليه
الصلاة والسلام ضالة المسلم حرق النار رواه جماعة اجاب في المبسوط بان ذلك كان اذ ذاك لغلبة
اهل الصلاح والامانة لا تصل اليها يد خائنة فاذا تركها وجدها واما في زماننا فلا يامن وصول يد خائنة
اليها بعده ففي اخذها احياؤها وحفظها على صاحبها فهو اولى ومقتضاه ان غلب على ظنه ذلك ان يجب
الالتقاط وهذا حق فانا نقطع بان مقصود الشارع وصولها الى ربها وان ذلك طريق الوصول فاذا تغير

الزمان وصار طريق التلف فحكمه عنده بلا شك خلافه وهو الالتقاط للحفظ والرد وأقصى ما فيه أن
يكون عاما في الأوقات يخص منها بعض الأوقات بضرورة العقل من الدين لم يثبتا بحديث عياض بن حمار
انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الضالة فقال عرفها فان وجدت ربها والا فهي مال الله يؤتيه من
يشاء فتأيد به زيادة بعد تمام الوجه **قوله** فان انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع لقصور
ولايته عليه عن ذمة المالك اي عن ان يشغلها بالدين بلا امره وان انفق بامره كان دينا عليه لان للقاضي
ولاية مال الغائب نظرا له وقد يكون النظر في الانفاق على ما تبين الآن فاذا رفع الى الحاكم فان كان
للبهيمة منفعة ومن يستاجرها اجرها وانفق عليها من اجرتها لان فيه ابقاء العين على ملك مالكها
بلا الزام دين عليه وكذا يفعل بالعبد الآبق وان لم يكن لها منفعة او لم يجد من يستاجرها وخاف ان تستغرق
النفقة قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها ابقاء له معنى عند تعذر ابقائه صورة فان الثمن يقوم مقام العين
اذ يصل به الى مثله في الجملة وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن له في ذلك وجعل النفقة دينا عليه اذ فيه
نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله له وجانب الملتقط بالرجوع قال المشايخ انما يأمر بالانفاق
يومين او ثلاثة على قدر ما يرجى ان يظهر مالكها فاذا لم يظهر يأمر ببيعها لان دارة النفقة مستأصلة
للعين معنى بل ربما تذهب العين ويفضل الدين على مالكها ولا نظر في ذلك اصلا بل ينبغي ان لا ينفذ
من القاضي ذلك لو امر به للتيقن بعدم النظر واذا باعها اعطى الملتقط من ثمنها ما انفق في اليومين والثلاثة
لان الثمن مال صاحبها والنفقة دين عليه بعلم القاضي وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه كان له ان يأخذه
وللقاضي ان يبيعه عليه ولو باعها بغير امر القاضي لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك فان جاء وهي قائمة
في يد المشتري فان شاء اجاز البيع وان شاء ابطله واخذها من يده وان جاء وهي هالكة فان شاء
ضمن المشتري قيمتها وان شاء ضمن البائع فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين اخذها
وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة وفي الاصل يعني المبسوط يشترط البينة فانه قال ان كان
رفعها الى القاضي واقام بينة انه التقطها امره ان ينفق وصححه المصنف لانه يحتمل انه غصبها ولا يأمر
بالنفقة الا في الوديعة وهذه البينة لكشف الحال اي ليكشف للقاضي انه التقطها لا للقضاء فلا
يحتاج الى الخصم له ذكره في المبسوط وفي الذخيرة الامام خصم فيها عن صاحبها وان قال الملتقط لا بينة لي
يقول له انفق عليها ان كنت صادقا وفي الذخيرة يقول له ذلك بين يدي الثقات بان يقول امرته
بالانفاق او البيع ان كان الامر كما قال **وقوله** في الكتاب وجعل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه انما
يرجع اذا شرط القاضي ذلك وهذا رواية وهو الاصح وقيل يرجع بمجرد امره وقد مر في اللقيط واذا
حضر المالك فللملتقط ان يمنعها منه حتى يحضر النفقة لانه حيي بنفقته وصار كانه استفاد الملك منه
فاشبه المبيع واقرب من ذلك رد الآبق فان له الحبس لاستيفاء الجعل لما ذكرنا من التشبيه بالمبيع ولا يسقط
دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس كالرهن
من حيث تعلق حقه به كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من ماله له ان يرجع على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط
عن الموكل ولو هلك بعده سقط لانه كالرهن بعد اختيار الحبس هكذا ذكره المصنف ولم يحك خلافا وحكم
الدين كذلك في ايضا فيهم انه المذهب وجعل القدوري هذا قول زفر قال في التقريب قال اصحابنا
لو انفق على اللقطة بامر القاضي وحبسها بالنفقة فهلكت لم تسقط النفقة خلافا لزفر لانها دين عن بدل

عن عين ولا عن عمل فيها ولا يثبتا ولها اي العين عقد يوجب الضمان وصرح في الينابيع بعدم السقوط عند علمائنا
الثلاثة فقال لو انفق الملتقط على اللقطة بامر الحاكم وحبسها ليأخذ ما انفق عليها فهلكت لم تسقط
النفقة عند علمائنا الثلاثة خلافا لزفر وحاصل الوجه المذكور في التقريب نفي الحكم اعني السقوط لعدم
دليل السقوط فان الدين ثابت وليست العين الملتقطة رهنا ليسقط بهلاكها اذ لم يثبتا ولها عقد الرهن
والمصنف اوجد الدليل وهو الالحاق بالرهن وان لم يكن من حقيقته لكن النقل كما رأيت واما ما نقل عن
ابي يوسف انه ليس له حبسها اصلا فابلغ **قوله** ولقطة الحل والحرم سواء وبه قال مالك واحمد والشافعي
في قول وفي قول يعرفها ابدا حتى يجي صاحبها لا حكم لها سوى ذلك من تصدق ولا تملك لقوله عليه الصلاة
والسلام فيما ثبت في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه لما فتح الله مكة قام النبي صلى الله عليه
وسلم في الناس فحمد الله واثنى عليه وقال ان الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليها رسوله والمؤمنين انها
لم تحل لاحد قبلي وانها احلت لي ساعة من نهار وانها لا تحل لاحد بعدي لا ينفر صيدها ولا يختلى شوكها
ولا تحل ساقطتها الا لمنشد الحديث المنشد المعرف والناشد الطالب قال النعب يسمع المنشد اسماعه
اسماعة المنشد للناشد ويروي يصيح وهو معناه فالفعل من الاول انشد الضالة ينشدها
وانشدها انشادا اذا عرفها ومن الثاني نشدتها انشدها نشدا ونشدانا بكسر النون اذا طلبتها
ولنا اطلاق **قوله** عليه الصلاة والسلام في حديث زيد بن خالد الجهني وغيره وسئل عن اللقطة
فقال اعرف عفاصها اي وعاءها من جلد او خرقة ونحوها ووكاءها اي رباطها الذي يشد به ثم عرفها
سنة وتقدم فاما ان يقضي العام على الخاص واما ان يتعارضا فيحمل كل على محمل وهو اولى لكن لا تعارض
لانه معناه لا يحل الالتقاط الا لمن يعرف ولا يحل لنفسه وتخصيص مكة حينئذ لدفع وهم سقوط
التعريف بها بسبب ان الظاهر ان ما وجد من لقطة فالظاهر انه للغرباء وقد تفرقوا فلا يفيد التعريف
فيسقط كما يسقط فيما يظهر اباحته فبين عليه الصلاة والسلام انها كغيرها من البلاد في وجوب التعريف
وقد ثبت في صحيح مسلم انه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة الحاج قال ابن وهب يعني يتركها
حتى يجي صاحبها ولا عمل على هذا في هذا الزمان لفشو السرقة بمكة من حوالي الكعبة فضلا عن المتروك
والاحكام اذا علم شرعيتها باعتبار شرط ثم علم ثبوت ضده متضمنا مفسدة تتقيد شرعيته معه علم
انقطاعها بخلاف العلم بشرعيتها لسبب اذا علم انتفاؤه ولا مفسدة في البقاء فانه لا يلزم ذلك كالرمل
والاضطباع في الطواف لاظهار الجلادة **قوله** واذا حضر رجل وادعى اللقطة لم تدفع اليه حتى يقيم البينة
فان اعطى علامتها حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك بالقضاء وعند مالك والشافعي واحمد
يجبر واعطاء علامتها ان يخبر عن وزنها وعددها ووكائها ويصيب في ذلك والحق ان قول الشافعي
كقولنا والموجب للدفع مالك واحمد واحتجوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيما اخرج مسلم في حديث
ابي بن كعب عرفها فان جاء احد يخبرك بعددها ووكائها ووعائها فاعطها اياه والا فاستمتع بها
واخرجه ايضا عن زيد بن خالد الجهني وفيه فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فاعطها
اياه والا فهي لك وايضا فان صاحب اليد وهو الملتقط انما ينازعه في اليد لا في الملك لانه لا يدعيه
فكانت منازعته من وجه دون وجه فيشترط ما هو حجة من وجه لا من كل وجه وهو الوصف المطابق له
فاكتفي به ولا يشترط البينة لعدم منازعته من الوجهين جميعا ولنا ان اليد حق مقصود كالملك حتى

ان غاصب المدبر يضمن قيمته ولم يفوت عين اليد فيكون مثله لا يستحق الا بالبينة غير انا اجنا له الدفع
عند اصابة العلامة بالحديث الذي رووه بنا على ان الامر فيه للاباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور
وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وياتي ان شاء الله تعالى في الدعوى
والمدعي هنا صاحب اللقطة فعليه البينة ثم اذا دفعها بالعلامة فقط ياخذ منه كفيلا استيثاقا قال
المصنف وهذا بلا خلاف لانه ياخذ الكفيل لنفسه بخلاف التكفيل لوارث غايب عنده اي عند ابي حنيفة
رحمه الله فيما اذا قسمت التركة بين الغرماء والورثة لا يوخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عنده
وعندهما يوخذ والفرق لابي حنيفة ان حق الحاضر هنا غير ثابت فيمكن ان يكون المالك غيره فيجي ويتوارى
الاخذ فيحتاط بالكفيل بخلاف الميراث فان حق الحاضر معلوم ثابت وكون غيره ايضا له حق امر موهوم فلا
يجوز تاخير الحق الثابت الى زمان تحصيل الكفيل لحق موهوم وهذا يدل ان دفع الملتقط لو كان بالبينة
لا ياخذ كفيلا وهو الصحيح وذكر في جامع قاضي خان ان فيه روايتين والصحيح انه لا يوخذ واورد على المصنف
انه نفى الخلاف في الكفيل في اللقطة وقال في فصل القضا بالمواريث فيه اي في اخذ الكفيل عند دفع اللقطة
روايتان والاصح انه على الخلاف على قول ابي حنيفة لا ياخذ وعلى قولهما ياخذ هذا اذا دفعه بمجرد العلامة
فان صدقه مع العلامة اولا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو اقام بينة وقيل لا
يجبر كالوكيل بقبض الوديعة اذا صدقه المودع لا يجبره القاضي على دفعها اليه ودفع بالفرق بان المالك
هنا غير ظاهر اي المالك الاخر لهذه اللقطة التي صدق الملتقط مدعيها غير ظاهر والمودع في مسئلة
الوديعة مالك ظاهر وانما اقر للحاضر بحق قبضها واقراره بحق قبض ملك الغير لا يلزمه اقباضه لانه اقرار
على ملك غيره واذا دفع بالتصديق او بالعلامة وجاء اخر اقام البينة انها له ان كانت قايمة في يد المدعي
قضي له بها وهو ظاهر وان كان هالكا خير بين ان يضمن القابض او الملتقط فان ضمن القابض لا يرجع على
احد وان ضمن الملتقط ففي رواية لا يرجع على القابض وهو قول الامام احمد فيما اذا كان الدفع بتصديق
وفي رواية يرجع وهو الصحيح ووجه قول محمد ان الملتقط اعترف بانه مالكها وصاحب البينة ظالم في تضمينه
فلا يظلمه هو وصار كالمودع اذا صدق الوكيل بالقبض ودفع اليه ثم حضر المودع وانكر الوكالة وضمنه
لا يرجع على الوكيل لزعمه ان الوكيل قبضه بامره والمودع ظالم في تضمينه ولنا انه وان صدقه في الملك لكنه
لما قضي بالملك للمدعي بالبينة فقد صار مكذبا شرعا بتكذيب القاضي فبطل اقراره وصار كانه دفع بالتصديق
ثم ظهر الامر بخلافه وصار كاقرار المشتري بالملك للبايع اذا استحقه غيره ببينة فقضي به له يرجع على
البايع ومثل هذا يجري في اقراره بانه وكيل المودع والذي فرق به المبسوط ان في زعم المودع ان الوكيل
عامل لغيره وهو المودع في قبضه له بامره وليس بضامن بل المودع ظالم في تضمينه اياه ومن ظلم لا يظلم غيره
وهنا في زعمه ان القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا اثبت الملك لغيره بالبينة فكان له ان يرجع عليه
بما ضمن انتهى قوله ولا يتصدق باللقطة على غني لان المامور به هو الصدقة لقوله عليه الصلوة والسلام
فان لم يات يعني صاحبها فليتصدق به والصدقة لا تكون على غني فاشبه الصدقة المفروضة والحديث
الذي ذكر هو ما رواه البزار في مسنده والدارقطني عن يوسف بن خالد السمتي حدثنا زياد بن سعد
عن سمي عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن اللقطة فقال لا تحل
اللقطة فمن التقط شيئا فليعرفه سنة فان جاء صاحبه فليرده اليه وان لم يات فليتصدق به فان جاء فليخيره

بين الاجر وبين الذي له وفيه يوسف بن خالد السمتي وليس للملتقط اذا كان غنيا ان يتملكها بطريق القرض الا باذن
الامام وان كان فقيرا فله ان يصرفها الى نفسه صدقة لا قرضا فيكون فيه للمالك اجر الصدقة تحقيقا للنظر من
الجانبين جانب المالك لحصول الثواب له وجانب الملتقط كما لو كان الفقير غير الملتقط ولهذا جاز دفعها الى فقير غير
الملتقط ابا الملتقط او ابنه او زوجته وان الملتقط غنيا لما ذكرنا من تحقيق النظر من الجانبين وقال الشافعي له
ان يتملكها وان كان غنيا بطريق القرض غير مفتقر الى اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها
فادفعها اليه والا فاستمتع بها قالوا وابي كان من المياسير بدليل ما في بعض رواياته انه عليه الصلاة
والسلام قال والا فهي كسبيل مالك فقد جعل له مالا قلنا هذه الرواية ليس فيها ان الخطاب لابي فانها ما في
مسلم عن ابي بن كعب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اللقطة عرفها فان جاء احد الى ان قال والا فهي
كسبيل مالك وظاهر هذا انه يحكي قوله لسايل يساله وجاز ذلك كان فقيرا ثم هنا ما يدل على فقر ابي في
زمنه عليه السلام وهو ما في الصحيحين عن ابي طلحة قلت يا رسول الله ان الله تعالى يقول لن تنالوا البر حتى
تنفقوا مما تحبون وان احب اموالي بيرحاء فاترى يا رسول الله قال اجعلها في فقرا اقاربك فجعلها
ابو طلحة في ابي وحسان وهذا صريح في ان ابيا كان فقيرا لكن يحتمل انه ايسر بعد ذلك الا ان قضايا
الاحوال اذا تطرق اليها الاحتمال سقط بها الاستدلال واما ما في حديث زيد بن خالد جاء رجل يسال
النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال اعرف الى ان قال والا فشانك بها وفي رواية فهي لك فهو ايضا
من قضايا الاحوال المتطرق اليها الاحتمال اذ يجوز كون السايل فقيرا ولو سلم ان الخطاب لابي لا يخرج عن
قضايا الاحوال ذات الاحتمال اذ المال لا يلزم كونه نصابا وكونه خاليا عن الدين لو كان نصابا فجاز كونه
اقل من نصاب وكونه مديونا قالوا لو كانت اللقطة لا تحل للملتقط الا بطريق الصدقة فيمتنع اذا كان
غنيا لما اكلها علي رضي الله عنه وهو لا تحل له الصدقة وقد امره عليه الصلاة والسلام باكلها فيما اخرج
ابو داود عن سهيل بن سعد ان علي بن ابي طالب دخل على فاطمة وحسن وحسين يبكيان فقال ما يبكيكما قالت
الجوع فخرج علي رضي الله عنه فوجد دينارا بالسوق فجاء فاطمة فاخبرها فقالت اذهب الى فلان اليهودي
فخذ لنا دقيقا فجاء اليهودي فقال اليهودي انت ختن هذا الذي يزعم انه رسول الله قال نعم قال
فخذ دينارك والدقيق لك فخرج علي فاخبر فاطمة فقالت اذهب الى فلان الجزار فخذ لنا بدرهم لحما فذهب
فرهن الدينار بدرهم لحم فعجنت وخبزت وارسلت الى ابيها فجاء فقالت يا رسول الله اذكر لك فان رايته
حلالا لنا اكلناه من شانه كذا وكذا فقال كلوا بسم الله فاكلوا فبينما هم مكانهم اذا غلام ينشد الله والاسلام
الدينار فامر النبي صلى الله عليه وسلم به فدعي فساله فقال سقط مني في السوق فقال عليه الصلوة والسلام
يا علي اذهب الى الجزار فقل له ان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لك ارسل الي بالدينار ودرهمك علي
فارسل به فدفعه عليه الصلاة والسلام قلنا هذا الحديث تكلم فيه باعتبار تضمنه انفاقه قبل التعريف
فدل على ضعفه وقول المنذري ولعل تاويله ان التعريف ليس له صيغة يعتد بها فمراجعته لرسول الله صلى الله
عليه وسلم على ملا من الخلق اعلان به وهذا يويد الاكتفاء في التعريف بمرة غير ظاهر فانه لم يذكر له ذلك الا
بعد ان اشتروا وخبزوا واحضروه صلى الله عليه وسلم على الاكل فغير الحكم بان عليا عرفه قبل ان ياتي به
الى فاطمة وان لم يذكر وقد رواه عبد الرزاق واسحق بن راهويه والبزار وابو يعلى الموصلي وفيه انه اتى به
النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفه ثلاثة ايام فعرفه فلم يجد من يعرفه فرجع فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم

فقال شانك به وفيه دليل لمحمد شمس الايمة من ان النفقة من حول وغيره ليس بلازم بل الي ان التمكين نفسه الي ان
طالبه قطع نظره عنه وفي سنده ابو بكر بن عبد الله قال البزار وعلي الظن هو عندي ابو بكر بن عبد الله بن سبرة
وهو لين الحديث وقال عبد الحق هو متروك والحق ان الحديث ضعيف من جهة الرواية ومن جهة الاضطراب
لان ما في الرواية الاولي من انهم انما اعلموه بعد ان اشتروا وصار بهيا للاكل يناقض ما في الثانية من انه اعلمه
فامره بتعريفه ثم امره باخذه وفي الاول انه دفع غيبة للمنشد وفي الثانية انه جعله دينا عليه وقال اذا
جانا ادينا اليك وغير ذلك والاضطراب موجب للضعف ثم لو سلمنا حجيته كان الثابت به ان استقرضه باذن
الامام جائز وليس هذا محل النزاع كما تقدم فلم يثبت بعد جواز انفاق الملتقط الغني فلو سلمنا ضعف حديث
ابي هريرة في الصدقة بناء على تضعيف السمني كفانا جواز التصدق بالاجماع ثم هو يثبت ان الملتقط الغني
فيها حكما اخر وتخريط الدة في اثباته بالدليل ولم يتم له عليه دليل صحيح في الانتفاء • والله سبحانه وتعالي اعلم

كتاب الاباق

كل من الاباق واللقيط واللقطة تحقق فيه عرضة الزوال والتلف لا ان التعرض له بفعل فاعل مختار في
الاباق فكان الانسب تعقيبه الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولي فيه وفي اللقطة الترجمة
بالباب لا بالكتاب والاباق في اللغة الهرب ابق يابق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا
حاجة الي ما قيل هو الهرب قصدا نعم لو قيل الانصراف والخروج عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال
ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه **قوله** الآبق اخذه افضل من تركه
في حق من يقوي عليه اي يقدر علي حفظه حتي يصل الي مولاه بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف
ولا يعلم في هذا خلاف ويمكن ان يجري فيه التفصيل في اللقطة بين ان يغلب علي ظنه تلفه علي المولي ان لم ياخذه
مع قدرة تامة عليه فيجب اخذه او لا فلا واختلف في اخذ الضال قيل اخذه افضل لما فيه من احياء النفس
والتعاون علي البر وقيل تركه لانه لا يبرح مكانه منتظر المولاه حتي يجده ولا يخفي ان انتظاره في مكان غير
متزحزح عنه ليس بواقع بل يحد الضلال يعدو دون تخيير ثم لا شك في ان محل هذا الخلاف اذا لم يعلم
واحد الضال مولاه ولا مكانه اما اذا علمه فلا ينبغي ان يختلف في افضلية اخذه ورده **قوله** ثم اخذ الآبق
ياتي به السلطان او القاضي فيحبسه منعا له عن الاباق ولانه لا يستطيع حفظه عن اباقه من الاخذ الا بذلك
عادة بخلاف اللقطة اما لو فرض قدرته علي ذلك لا يحتاج الي السلطان وبهذا الاعتبار خير الحلواني بين
ان ياتي به الي السلطان او يحفظه بنفسه وعلي هذا الضال والضالة من الابل وغيرها واذا حبس الامام
الآبق فجاء رجل وادعاه واقام بينة انه عبده يستحلفه بالله انه ابق الي الآن في ملك لم تخرج ببيع
ولا هبة فاذا حلفه دفعه اليه وهذا الاحتمال عرض بعد علم الشهود بثبوت ملكه علي وجه زواله
بسبب لا يعلمونه وانما يستحلفه مع عدم خصم يدعي لصيانة قضايه عن الخطاء ونظرا لمن هو عاجز عن النظر
لنفسه من مشتر او موهوب له ثم اذا دفعه اليه عن بينة ففي اولويته اخذ الكفيل وتركه روايتان وكا
يدفعه بالبينة يدفعه باقرار العبد بانه له وياخذ من المدفوع اليه هنا كفيلا رواية واحدة وينفق عليه
مدة حبسه من بيت المال ثم ياخذ من صاحبه فيرده في بيت المال بخلاف اللقيط لا يؤخذ منه اذا كبر ما انفق
المال لانه كان مستحقا له بفقره وعجزه عن الكسب بخلاف الكبير العبد واذا لم يجئ للعبد طالب وطالت مدته
باعه القاضي وامسك ثمنه بعد الحفظ ما انفق لبيت المال منه فان جاء مالكه واقام بينة وهو قائم في يد

المشتري لا ياخذه ولا ينتقض بيع القاضي لانه بحكمه بخلاف الضال اذا طالت مدته فانه يواجره وينفق
عليه من اجرته لانه لا يخشي اباقه فلا يبيعه اما الآبق فيخشي ذلك منه فلذلك يبيعه ولا يواجره وينبغي ان
يقدر الطول بثلاثة ايام كما تقدم في الضالة الملتقطة لان ادارة النفقة مستاصلة ولا نظر في ذلك
للمالك بحسب الظاهر **قوله** ومن رد الآبق علي مولاه من مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله
اربعون درهما فضة بوزن سبعة مثاقيل وان رده لاقل من مسيرة سفر فبحسابه وهذا استحسان
والقياس ان لا يكون له شيء الا بالشرط بان يقول من دل علي عبدي فله كذا كما اذا رد بهيمة او عبدا
ضالا وجه القياس ان الراد تبرع بمنافعه في رده ولو تبرع بعين من اعيان ماله لا يستوجب شيا
فكذا هذا وهو قول مالك واحمد في رواية قال المصنف في وجه الاستحسان ولنا اجماع الصحابة
علي اصل الجعل الا ان منهم من اوجب الاربعين ومنهم من اوجب ما دونها وذلك انه ظهر الفتوي به
من غير واحد من حيث لا يخفي فلم ينكر احد وذلك ان محمدا رحمه الله تعالي روي عن ابي يوسف عن ابي حنيفة
عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجاء رجل فقال
ان فلانا قدم باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شاء من كل راس اربعين
وروي ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد نفسه ايضا وروي عبد الرزاق في مصنفه قال اخبرنا سفين
الثوري عن ابي رباح عبد الله بن رباح عن ابي عمرو الشيباني قال اصبت غلاما آبقا فالعين فذكرت
ذلك لابن مسعود فقال الاجر والغنيمة قلت هذا الاجر فما الغنيمة قال اربعون درهما من كل راس
وروي ابن ابي شيبة ثنا محمد بن يزيد عن ايوب عن ابي العلاء عن قتادة وابي هاشم ان عمر رضي الله عنه قضي
في جعل الآبق اربعين درهما وروي ايضا عن وكيع ثنا سفين عن ابي اسحق قال اعطيت الجعل في زمن معوية
اربعين درهما وروي ايضا ثنا يزيد بن هرون عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن سعيد بن المسيب ان عمر جعل
في جعل الآبق دينارا او اثني عشر درهما وروي ايضا عن يزيد بن هرون عن حجاج عن حصين عن الشعبي
عن الحارث عن علي انه جعل في جعل الآبق دينارا واثني عشر درهما واخرج هو وعبد الرزاق عن عمرو
ابن دينار ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قضي في العبد الآبق يوجد خارج الحرم بدينار او عشرة دراهم
وهذا حديث مرفوع مرسل والمفهوم من خارج الحرم في المتبادر القرب لا قدر مسيرة سفر عنه وعلي
هذا روي عن عمار ان اخذه في المصر فله عشرة وان اخذه خارج المصر فله اربعون لعله اعتبر الحرم كالمكان
الواحد وقول المصنف الا ان منهم من اوجب اربعين ومنهم من اوجب دونها يريد المروي عن عمر وعلي وقد
علمت الرواية عن عمر ايضا ان الجعل اربعون وسنده احسن من الاخري والرواية عن علي مضعفة
بالحرث المذكور وكانت رواية ابن مسعود اقوي الكل فرجحناها ولذا قال البيهقي في سننه هو امثل
ما في الباب وانما يؤخذ بالاقل اذا ساوي الاكثر في القوة وانما يؤخذ اذا لم يكن التوفيق بين الاقاويل
وهنا يمكن اذا حمل روايات الاربعين علي رده من مسيرة السفر وروايات الاقل علي ما دونها وحمل عمار
خارج المصر عن مدة السفر والتلفيق الصم لفقت الثوب الفقه اذا اضممت شقة ولان نصب المقادير
لا يعرف الا سماعا فكان للموقوف علي الصحابة حكم المرفوع واصحها حديث ابن مسعود وبعد كونه مثبتا
للزيادة وزيادة العدل مقبولة راجحة ولا يخفي ما في هذا ولان اعطاء اصل الجعل حامل علي اداء
الحسبة ومورده احتسابا عند الله تعالي مع ما فيه من زيادة التعب والنصب نادر فشرع للمصلحة

الراجحة اي العباد من صيانة اموالهم عليهم وتقدير الجعل انما يدري بالسمع ولا سمع في الضال فامتنع الحاقه
به قياسا ودلالة ايضا لان الحاجة الى صيانة الضال في رده دونها في رد الابق لما في رده من زيادة التحفظ
في حفظه والاحتياط في مراعاته كيلا يابق ثانيا مما ليس في رد الضال منه شي ولو كان الابق لرجلين فصاعدا
فالجعل على قدر النصيب فلو كان البعض غايبا فليس للحاضر ان ياخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب
الغايب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا به هذا كله اذا رده بلا استعانة
فلو ان رجلا قال لاخر ان عبدي قد ابق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شي لان مالكه استعان به وعد
الاعانة والمعين لا يستحق شيا قوله وما دونه فبما دونه اي اوجبنا ما دون الاربعين فيما دون السفر وذلك
لانا ما عرفنا ايجاب الجعل بكل من نقل عنه مقدار ذلك هو الواجب فاذا حملنا بعضه على ما دون السفر كان ذلك
حكما بالايجاب فيما دون السفر لانه ما ذكر ذلك الا على انه واجب **قوله** ويقدر الرضخ في الرد عما دون السفر
باصطلاحهما اي المالك والراد او يفوض الى راي القاضي يقدره على حسب ما يراه قالوا وهذا هو الاشبه بالاعتبار
وقال بعض المشايخ تقسم الاربعون على الايام الثلاثة لكل يوم ثلثة عشر **قوله** وان كانت قيمته اقل من اربعين
يقضي له بقيمته الا درهما قال المصنف وهذا قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول وقال ابو يوسف اخرا
اربعون وان كانت قيمته درهما واحدا ولم يذكر قول ابي حنيفة في عامة كتب الفقه وذكر في شرح الطحاوي مع
محمد وجه قول ابي يوسف ان التقدير بها ثبت بالنص اي قول ابن مسعود وعمرو وجب اتباعهما او المراد بالنص
اجماع الصحابة بناء على عدم مخالفة من سواهما الوجوب حمل قول من نقص منها على ما نقص من السفر فلا ينتقص عنها
ولمحمد ان المقصود من ايجاب الجعل حمل الغير على الرد ليحيي مال المالك فينقص منه درهم ليسلم له شي تحقيقا
للفايدة اي فايدة ايجاب الجعل وتعيين الدرهم لان ما دونه كسور وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا
كان الرد في حيوة المولى لما فيه من احياء ملكه وبه يحيى ماليته له واما باعتبار الرقبة كما في المدبر او باعتبار
الكسب كما في ام الولد عنده لانها لا مالية فيها عنده لكنه احق باكسابها ولو رده بعد مماته لا جعل له فيهما
لانهما يعتقان بالموت فيقع رد حر لا مملوك على مالكه وهذا في ام الولد ظاهر وكذا المدبر ان كان يخرج من الثلث
لانه يعتق حينئذ بالموت اتفاقا وان لم يخرج من الثلث فكذلك عندهما وعند ابي حنيفة يصير كالمكاتب
لانه يسعى في قيمته ليعتق ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لا يستفيد برده ملكا بل استفاد بدل الكتابة فكان
كرد غريم له وبرد غريم لا يستحق شيا بخلاف القن **قوله** ولو كان الراد اب المولى او ابنه وهو في عياله او احد
الزوجين على الاخر فلا جعل له وقيد في عياله ان رجع الى الراد والى الابن اقتضى ان يتقيد نفي الجعل اذا كان الراد
ابنا بكونه في عيال المالك اي في نفقته ومؤنته وهو غير صحيح لان الابن لا يستوجب جعلا سواء كان في عيال ابيه
المالك او لا وجملة الحال ان الراد ان كان ولد المالك او احد الزوجين على الاخر او الوصي لا يستحق جعلا مطلقا
اما الولد فلان الراد كالبايع من المالك من وجه وباعتباره يجب وكالاجير من وجه لانه من باب الخدمة والاب
اذا استاجر ابنه ليخدمه لا يستحق عليه اجرة لان خدمته واجبة على الابن فوجب من وجه وانتفى من وجه فلا
يجب بالشك وهذا يفيد عدم الوجوب وان لم يكن في عياله فاذا كان في عياله فبطريق الاولى واما احد الزوجين
فان كان زوجا فالقياس يجب وفي الاستحسان لا يجب لان العادة ان يطلب الزوج عبد امراته تبرعا في العرف لانه
ينتفع به والثابت عرفا كالثابت نصا وان كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الرد جهة الخدمة منعه منها لانها
لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استاجرها للخدمة لا يجب لها شي واما الوصي فانما لا يستحق الجعل

برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشان الوصي ان يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في
عيال المالك لا يجب لهم وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف ان الانسان انما يطلب الابق من
في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكونوا في عياله لان التبرع حينئذ
لم يوجد نصا ولا عرفا **قوله** وان ابق من الذي رده فلا شي عليه اي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري
لا شي له اي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا اذا مات عنده الا ان نفي الجعل يصح بلا شرط لان الجعل كالثمن
والراد كالبايع للمالك لانه باباقه كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كانه استفاد ملكه من جهته
فصار كالبايع وكذا اذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبايع اذا هلك في يده او ابق وهو عبد سقط الثمن
فكذا الجعل فانتفاء الضمان يشترط ان يكون اشهد على قول ابي حنيفة ومحمد لانه حينئذ صار امانة عنده كما في
اللقطة وقال ابو يوسف لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا قال اخذته لارده والقول قوله في ذلك مع يمينه
اذا علم انه كان ابقا فلو انكر المولى اباقه فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه قد ظهر
من الراد ثم ادعى ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقه والمالك منكر ولذا لا يجب الجعل اذا جاء به وانكر المولى
اباقه الا ان تشهد شهود انه ابق من مولاه او يشهدوا على اقرار المولى باباقه **قوله** ولو اعتقه المولى
كما لقيه اي راه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري اذا اعتقه قبل القبض
يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا اذا باعه المولى من الراد اي قبل قبضه يصير قابضا لسلامة بدله وهو الثمن
له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من الراد قبل قبضه بيع ما لم يقبض وهو لا يجوز اجاب بقوله
لكنه بيع من وجه لا من كل وجه فلا يدخل تحت النهي المطلق عن بيع ما لم يقبض فجاز واورد ان الشبهة ملحقة بالحقيقة
في المحرمات اجاب بان هذه شبهة الشبهة ولا عبرة بها وهذا لانه لو شرط رضى المالك كان الثابت الشبهة لانه
ملكه حقيقة فمع عدم الرضى الثابت شبهة الشبهة **قوله** وينبغي اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده قال المص
فالاشهاد حتم فيه في اخذ الابق عليه اي على الاخذ على قول ابي حنيفة ومحمد وتفسير بعضهم حتم بانه واجب تساهل
والا يلزم من تركه استحقاق العقاب ويقطع بانه اذا اخذه بقصد الرد الى المالك واتفق انه لم يشهد لا اثم عليه
وانما الاشهاد شرط عندهما خلافا لابي يوسف لاستحقاق الجعل ولسقوط الضمان ان مات عنده او ابق لان
ترك الاشهاد امارة انه اخذه لنفسه فصار كما لو اشتراه الراد من الاخذ او اتهبه منه فرده على مولاه لا جعل له
لانه رده لنفسه فانه بالشراء او الاتهاب قاصد لتملكه ظاهرا فيكون غاصبا في حق سيده فرده لاسقاط الضمان
عن نفسه وهذا معنى قوله رده لنفسه وكذا لو اوصي له به او ورثه في ذلك يكون قابضا لنفسه فيضمنه فاذا
رده لا جعل له لانه لنفسه لانه يسقط الضمان عن نفسه الا ان يشهد عند الشراء من الاخذ انما اشتراه ليرده
على وجه الاشتراء فحينئذ له الجعل ولا يرجع على السيد بشي من الثمن لانه متبرع به كما لو انفق عليه بغير اذن القاضي
قوله وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن لان الرد حيث ماليته وماليته حق المرتهن لان الاستيفاء منها
والجعل على من حيث له المالية الا يرى ان بالاباق يسقط دين المرتهن كما بالموت وبالعود عاد الدين فتعلق حقه
بالمرتهن استيفاء من ماليته كما لو ماتت الشاة المرهونة فدبغ جلدها فان الدين يعود به والرد في حيوة الراهن وبعده
سوا لان الرهن لا يبطل بالموت وهذا اي كون الجعل على المرتهن اذا كان قيمة العبد مثل الدين او اقل فان كانت
اكثر من الدين قسم الجعل على الراهن والمرتهن فما اصاب الدين على المرتهن وما بقي على الراهن مثلا الدين ثلاثمائة
وقيمة الرهن اربعمائة يكون على المرتهن ثلاثون وعلى الراهن عشرة وصار الجعل كثمن دوا الرهن وتخليصه من الجناية

بالفدا ان كان الدين اكثر من قيمته انقسما عليهما كذلك **قوله** وان كان مديونا اي ان كان العبد الابق مديونا
بان كان ماذونا فلحقه في التجارة دين او اتلف مال الغير واعترف به المولى فالجعل على من يستقر الملك
له لانه مؤونة الملك والملك في العبد بعد مباشرته سببا للدين كالموقوف ان اختار المولى قضاء دينه
فان الجعل عليه لان الملك استقر له وان اختار بيعه في الدين كان الجعل في الثمن يبدا به قبل الدين لما قلنا انه
مؤونة الملك والباقي للغرما فظهر ان قول المصنف فيجب اي الجعل على من يستقر له الملك تجوز فانه لا
يجب على المشتري وكانه جعل ملك ثمنه بمنزله ملكه وان كان اي العبد جانيا اي جنا خطا فلم يدفعه مولاه
ولم يفده حتى ابق ورد من مسيرة ثلاثة ايام فهو على القياس يكون الجعل على من يصير له ان اختار المولى فداه
فهو عليه لعود منفعته اليه وان اختار الدفع الى اوليا الجناية فعليهم لعودها اليهم ولو كان قتل عمدا فابق
ثم رد لا جعل على احد اما المولى فلانه ان قتل لم يحصل له بالرد منفعة وان عفي عنه فانما حصلت بالعفو واما
ولي القصاص فان قتل فالحاصل له التشفي لا المالية وان عفي فظاهر وان كان موهوبا فابق ابق من وهب له
ثم رد فالجعل على الموهوب له سواء رجع الواهب في هبته بعد الرد او لا اما اذا لم يرجع فظاهر واما ان رجع
بعد المجي فلانه وان حصلت له المالية لكن لم يحصل بالرد بل بترك الموهوب له التصرف في العبد بعد رده
مما يمنع رجوعه من بيعه وهبته وغير ذلك واورد عليه انه حصل بالمجموع من ذلك ومن الرد اجيب بان
الترك اخر جزئي العلة واليها يضاف الحكم **واما الجواب** بانه اذا ثبت بالكل لا يكون بالرد وحده فلا يدفع
الوارد على المصنف بل يقرره وان كان الابق لصبي فالجعل في ماله لما تقدم انه مؤونة ملكه وان رده وصيه
فلا جعل له وقد قدمناه في التقسيم وكذا اليتيم يعوله رجل فرد آبقا له لانه اذا كان تبرع له بمؤونته من ماله
نفسه فكيف لا يتبرع له بما هو دونه مع ان العرف فيه التبرع وفي الكافي للحاكم ابقت امة ولها ولد رضيع
فردهما رجل له جعل واحد فان كان ابنها قارب الحلم فله ثمانون لان من لم يراهق لم يعتبر آبقا وفي الذخيرة
والمحيط لو اخذ آبقا فغصبه منه اخر وجاء به الى مولاه واخذ جعله ثم جاء الاخر واقام بينة انه اخذه
يأخذ الجعل منه ثانيا ويرجع السيد على الغاصب بما دفع اليه ولو جاء بالابق من مسيرة سفر فلما دخل البلد
ابق من الاخذ فوجده اخر فرده الى سيده ان جاء به من مدة السفر فالجعل له وان وجده لاقل فجاء به لا جعل
لواحد منهما وفي المبسوط لا جعل للسلطان والشحنة او الخفير في رد الابق والمال من قطاع الطريق لوجوب
الفعل عليهم والاولى ان يقال لاخذهم العطا على ذلك ونصبهم له • والله سبحانه وتعالى اعلم •

• كتاب المفقود •

قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف له موضع ولا يعلم احي
هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه اي على ماله ويستوفي حقوقه لان القاضي نصب ناظرا
لكل عاجز عن النظر لنفسه والمفقود عاجز عنه فصار كالصبي والمجنون على القاضي ان يفعل في امرهم ما
ذكرنا لما ذكرنا وقوله اي قول القدوري يستوفي حقوقه يريد انه يقبض غلاته والدين الذي اقر به غريم
ويخاصم في دين وجب بعقده اي بعقد الذي نصبه القاضي لانه اصيل في حقوق عقده ولا يخاصم في الدين
الذي تولاه المفقود ولا في نصيب له في عقار او عروض في يد رجل ولا في حق من الحقوق اذا جحده من هو عنده
او عليه لانه ليس بمالك ولا نايب عنه انما هو وكيل بالقبض من جهة القاضي وهو لا يملك الخصومة
بلا خلاف انما الخلاف في الوكيل بقبض الدين من جهة المالك عند ابي حنيفة يملك الخصومة فيه وعندهما
لا يملك واذا كان كذلك يعني اذا كان وكيل القاضي لا يملك الخصومة فلو قضى القاضي بخصومته كان قضا
على الغايب والاوجه ان يقول الغايب والقضا عليه فيما لو ادعى انسان على المفقود دينا او وديعة او شركة
في عقار او رقيق او ردا بعيب او مطالبة لاستحقاق لا يسمع الدعوى ولا البينة لانهما انما يسمعان على خصم
وهذا الوكيل ليس خصما والورثة انما يصيرون خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته بعد فيكون
قضاء على الغايب وهو لا يجوز الا اذا رآه القاضي اي راى القاضي المصلحة في الحكم على الغايب وله يحكم فانه
ينفذ لانه مجتهد فيه فان قيل ينبغي ان لا ينفذ حتى يمضيه قاض اخر لان نفس القضا مجتهد فيه كما لو كان
القاضي محدودا في قذف فان نفاذ قضايه موقوف على ان يمضيه قاض اخر **اجيب** بمنع انه من ذلك بل المجتهد
فيه هو هذه البينة هل تكون حجة للقضاء من غير خصم حاضر ام لا فاذا قضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة
المحدود في قذف **وفي** الخلاصة الفتوى على هذا ثم ما كان يخاف عليه الفساد كالثمار ونحوها يبيعه القاضي
لانه تعذر عليه حفظ صورته ومعناه فينظر للغايب بحفظ معناه ولا يبيع ما لا يخاف فساده منقولا كان
او عقارا في نفقة ولا غيرها لان القاضي لا ولاية له على الغايب الا في الحفظ وفي البيع ترك حفظ الصورة
بلا ملجي فلا يجوز فان لم يكن له مال الا عروض او عقار او خادم واحتاج ولده او زوجته الى النفقة لا يباع
بخلاف الوصي فانه يبيع العروض على الوارث الكبير الغايب لان ولايته ثابتة فيما يرجع الى حق الموصي وبيع
العروض فيه معنى حفظه وربما يكون حفظ الثمن للايصال الى ورثته ايسر وهنا لا ولاية للقاضي على المفقود
الا في الحفظ وفي المبسوط وقال ابو حنيفة ان كان له ابن يحتاج فله ان يبيع شيئا من عروضه وينفقه عليه وليس
له بيع العقار وهو استحسان **وفي** القياس ليس له بيع العروض وهو قولهما وذكر الكرخي ان محمدا ذكر قول ابي حنيفة
في الامالي وقال هو حسن **وجه** الاستحسان ان للاب وان بطلت ولايته بقي اثرها حتى صح استيلاده
جارية ابنه مع ان الحاجة الى ذلك ليس من اصول الحوايج واذا ثبت بقاء اثر ولايته كان كالوصي في حق
الوارث الكبير وللوصي بيع العروض دون العقار وينفق على زوجته واولاده من ماله يعني الحاصل
في بيته والواصل من ثمن ما يتسارع اليه الفساد من مال مودوع عند مقر ودين على مقر قال المصنف وليس
هذا مقصورا على الاولاد **قلت** ولا هو على اطلاقه فيهم بل يعم قرابة الولاد يعني من الاب والجد وان علا
والاصل ان كل من يستحق النفقة في ماله حضرته بغير قضا القاضي ينفق عليه من ماله عند غيبته لان القضا حينئذ اعانة لا قضا
يأخذ واحاجتهم بيديهم من ماله اذا كان جنس حقهم من النقد والثياب للبس كان اعطا القاضي ان كان المال عنده
اعانة لا قضا على الغايب فانهم كانوا ماذونين شرعا ان يتناولوا بانفسهم وكل من لا يستحقها في حضرته الا بالقضا
لا ينفق عليه من ماله فمن الاول اعني المستحقين بلا قضا الاولاد الصغار والاناث الكبار اذا لم يكن لهم
مال وكذا الاب والجد والزمني من الذكور الكبار وكل من له مال لا يستحق النفقة عليه في حال حضوره فضلا
عن غيبته الا الزوجة فانها تستحق وان كانت غنية لان استحقاقها بالعقد والاحتباس واستحقاق غيرها
بالحاجة وهي تنعدم بالغنى ومن الثاني يعني من لا يستحق الا بالقضاء الاخ والاخت والخال والخالة ونحوهم
من قرابة غير الولاد **وقوله** اي قول القدوري من ماله يعني الدراهم والدنانير لان حقهم في المطعوم
والملبوس فاذا لم يكن في ماله عين المطعوم والملبوس يحتاج الى القضا بالقيمة وهي النقدان والتبر اي غير
المضروب كذلك لانه يصلح قيمة كالمضروب وهذا اذا كانت الدراهم والدنانير والتبر في يد القاضي
فان كانت وديعة او دينا ينفق عليهم منها ان كان المودع مقرا بالوديعة والنكاح والنسب والمديون كذلك

مقرا بالدين والنكاح والنسب وهذا معني اشتراط اقرارهما بالنكاح والنسب اذا لم يكونا ظاهرين عند
القاضي فان كانا ظاهرين معروفين له فلا احتاج الي اقراره بهما ولو كان الظاهر عنده احدهما الوديعة والدين
او النكاح والنسب جعل كل اثنين واحدا يشترط اقرار من في جهته المال بالاخر الذي ليس ظاهرا فيقر في الاول
عند القاضي بان هذه زوجته وهذا ولده وبالثاني بان عنده وديعة او عليه دينه وقوله هذا هو الصحيح احتراز
عن جواب القياس الذي قال به زفر لا ان هذا اختلاف الروايتين قال لا ينفق من الوديعة شيا عليهم لان اقرار
المودع ليس بحجة علي الغايب وهو ليس خصما عن الغايب ولا يقضي علي الغايب بلا خصم ومثل هذا في الدين ايضا
قلنا المودع مقر بان ما في يده ملك الغايب وان للزوجة والولد حق الانفاق منه واقرار الانسان بما في يده معتبر
فينتصب هو خصما باعتبار ما في يده ثم يتعدي القضا منه الي المفقود ومثل هذا القياس ليس في الوديعة
والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود وقد يقال ايضا في جوابه نعم القياس ما ذكرت لكنا استحسنا ذلك بحديث
هند امراة ابي سفيان وقد اسلفناه قال فيه خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك بالمعروف اذ هو يفيد
مطلقا جواز الانفاق من مال الغايب لمن يجب له النفقة من الزوجة والولد علي خلاف القياس لا يلحق به قرابة
غير الولاد بالقياس وعرفت نفقة الاب بالدلالة لان حقه فيها اكد من حق الولد فان الولد لا يستحقها بمجرد الحاجة
بل اذا كان عاجزا عن الكسب والاب يستحقها بمجردها وان كان يقدر علي ذلك الكسب قوله ولو دفع المودع
بنفسه او من عليه الدين بغير امر القاضي يضمن المودع ولا يبرا المديون لانه ما ادي الي صاحب الحق ولا الي
نايبه بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي لان القاضي نايب عنه فكان له ان يامر هولا بالقبض وليس القاضي
نايبا في الحفظ فقط بل فيه وفي ايفاء ما عليه من الحقوق ايضا مما لا احتاج في ثبوته عنده الي سماع بينة ولذا جاز له
ان يوفي ما عليه من دين اذا علم بوجوبه بخلاف المودع فانه المامور بالحفظ فقط فيضمن اذا اعطاهم بلا امره
فان قيل ينبغي ان لا يضمن المودع اذا دفعها اليهم لانه لو رد الوديعة الي من في عيال المودع بري اجيب بان ذلك
اذا دفعها اليهم للحفظ عليه لا للاتلاف والاحسن ان ياخذ القاضي منهم كفيلا لاحتمال انه طلقها قبل ذهابه
او عجل لها النفقة لكن لو لم ياخذها جاز لانه لا يجب اخذ الكفيل الا لخصم وليس هنا خصم طالب هنا فلو كان المودع
والمديون جاحدين اصلا اي جاحدا لكل من الوديعة والدين والنسب والزوجية او جاحدين للنسب والزوجية
معترفين بالوديعة والدين وليسا ظاهرين عند القاضي لم ينتصب احد من مستحقي النفقة الزوجة او الاب
خصما في ذلك اي في اثبات الدين او النسب او الوديعة او الدين باقامة البينة علي شي من ذلك لان المودع
والمديون ليسا خصما في ثبوت الزوجية والقضا بها ولا ما يدعيه للغايب سببا متعينا لثبوت حقه الذي
هو النفقة لانها كما تجب في هذا المال تجب في مال اخر للمفقود وستعرف تفصيل هذا ان شاء الله تعالي في
ادب القاضي **قوله** ولا يفرق بينه وبين امراته وقال مالك اذا مضي اربع سنين يفرق القاضي بينه وبينها
وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج من شاءت لان عمر هكذا قضي في الذي استهوته الجن بالمدينة ولانه منع حقها
بالغيبة وان كان عن غير قصد منه فيفرق بينهما القاضي بعد مضي مدة اعتبارا بالايلا والعنة فانه يفرق
بينهما القاضي بعد مضي مدة لذلك وهذا منه في الايلا بنا علي انه لا يوجب الفرقة بمجرد مضي المدة بل
تفريق القاضي بعدها وبعد هذا الاعتبار اخذ في المدة الاربع من الايلا والسنين من العنة بجامع دفع
الضرر عنها عملا بالشبهين وحديث الذي اختطفته الجن رواه ابن ابي شيبة ثنا سفين بن عيينة عن عمرو
عن يحيي بن جعدة ان رجلا انتسفته الجن علي عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاتت امراته عمر فامرها ان تتربص

بذلك

اربع سنين ثم امر وليه بعد اربع سنين ان يطلقها ثم امرها ان تعتد فاذا انقضت عدتها تزوجت فان جاء
زوجها خير بين امراته والصداق **واخرج** عبد الرزاق عن سفين الثوري عن يونس بن الخباب عن مجاهد
عن الفقيد الذي فقد قال دخلت الشعب فاستهوتني الجن فمكثت اربع سنين ثم اتت امراتي عمر الحديث يعني
الاول واخرجه عبد الرزاق من طريق وفيه فقال له عمر لما جا ان شيت رددنا اليك امراتك وان شيت
زوجناك غيرها فقال بل زوجني غيرها ثم جعل عمر يساله عن الجن وهو يخبره ورواه الدارقطني وفيه
ثم امرها ان تعتد اربعة اشهر وعشرا **وروي** مالك في الموطا ان عمر بن الخطاب قال ايما امراة فقدت زوجها
فلم تدر اين هو فانها تنتظر اربع سنين ثم تعتد اربعة اشهر وعشرا ثم تحل واسند ابن ابي شيبة عن سعيد بن
المسيب ان عمر وعثمان قالا في امراة المفقود تتربص اربع سنين وتعتد اربعة اشهر وعشرا واسند
ابن ابي شيبة عن جابر بن زيد تذاكر ابن عمر وابن عباس المفقود فقالا تتربص اربع سنين ثم يطلقها وليه
ثم تتربص اربعة اشهر وعشرا قال المصنف ولنا قوله عليه السلام في امراة المفقود انها امراته حتي ياتيها
البيان اخرجه الدارقطني في سننه عن سوار بن مصعب ثنا محمد بن شرحبيل الهمداني عن المغيرة بن شعبة قال
قال رسول الله صلي الله عليه وسلم امراة المفقود امراته حتي ياتيها البيان وفي بعض نسخه حتي ياتيها الخبر
وهو مضعف بمحمد بن شرحبيل قال ابن ابي حاتم عن ابيه انه يروي عن المغيرة مناكير اباطيل وقال ابن القطان
ابن مصعب اشهر في المتروكين منه ثم عارض المصنف بقول علي قول عمر وهو ما روي عبد الرزاق اخبرنا محمد بن عبيد الله
العرزمي عن الحكم بن عتيبة ان عليا رضي الله عنه قال في امراة المفقود هي امراة ابتليت فلتصبر حتي ياتيها موت
او طلاق انا معمر عن ابن ابي ليلي عن الحكم ان عليا مثله وقال اخبرنا ابن جريج قال بلغني ان ابن مسعود وافق عليا
علي انها تنتظر ابدا **واخرج** ابن ابي شيبة عن ابي قلابة وجابر بن زيد والشعبي والنخعي كلهم قالوا ليس لها
ان تتزوج حتي يستبين موته وقوله ولان النكاح الي اخره الحاصل ان المسالة مختلفة بين الصحابة رضوان الله
عليهم اجمعين فذهب عمر الي ما تقدم وذهب علي رضي الله عنه الي انها امراته حتي ياتيها البيان والثاني في الترجيح
والحديث الضعيف يصلح مرجحا لا مثبتا بالاصالة وما ذكر من موافقة ابن مسعود مرجح اخر ثم شرع المصنف في
مرجح اخر شرع المصنف فقال ولان النكاح عرف ثبوته والغيبة لا توجب الفرقة والموت علي الاحتمال فلا يزال
النكاح بالشك وذكر ان عمر رضي الله عنه رجع الي قول علي ذكره ابن ابي ليلي قال قلت قضيات رجع فيها عمر الي قول
علي امراة المفقود وامراة ابي كنف والمراة التي تزوجت في عدتها وقولنا في الثلاثة قول علي رضي الله عنه فاما
المفقود عرفت واما امراة ابي كنف فكان ابو كنف طلقها ثم راجعها ولم يعلمها حتي غاب ثم قدم فوجدها قد تزوجت
فاتي عمر فقص عليه القصة فقال له ان لم يكن دخل بها فانت احق بها وان كان دخل بها فليس لك عليها سبيل فقدم
علي اهلها وقد وضعت القصة علي راسها فقال لهم ان لي اليها حاجة فخلوا بينه وبينها فوقع عليها وبات عندها
ثم غدا الي الامير بكتاب عمر فعرفوا انه جاء بامر بين وهذا يعني بعدم ثبوت الرجعة في حقها اذا لم تعلم بها حتي
اذا اعتدت وتزوجت ودخل بها الثاني لم يبق للاول عليها سبيل لدفع الضرر عنها ثم رجع الي قول علي ان مراجعته
اياها صحيح وهي منكوحة دخل بها الثاني او لا واما المراة التي تزوجت في عدتها فالمراة يبغي اليها زوجها فتعقد وتزوج
وكان مذهبه فيها اذا ابي زوجها عليه بين ان يرد عليه ويبين المهر وقد صح رجوعه عنه الي قول علي وهو
انه يفرق بينها وبين الثاني ولها المهر عليه بما استحل من فرجها وترد الي الاول ولا تقربها حتي تنقضي عدتها من الثاني
قال ولا معتبر بالايلا لانه كان طلاقا معجلا في الجاهلية فاعتبر في الشرع مؤجلا وهذا علي راينا ان الوقوع به عند

انقضاء المدة بالإيلاء لا يتوقف على تفريق القاضي قال فلا بالعنة لأن الغيبة في الغالب تعقب الرجعة والعنة
قلما تنحل بعد استمرارها سنة فكان عود المفقود أرجى من زوال العنة بعد مضي السنة فلا يلزم أن يشرع فيه
ما شرع فيها **قوله** وإذا تم له مائة وعشرون سنة من يوم ولد حكمنا بموته قال المصنف رحمه الله هذه
رواية الحسن عن أبي حنيفة وفي ظاهر المذهب يقدر بموت الأقران وفي المروي عن أبي يوسف بمائة سنة وقدر
بعضهم بتسعين والأقيس أن لا يقدر بشيء والأرفق أن يقدر بتسعين وجه رواية الحسن أن الأعمار في زماننا
قلما تزيد على مائة وعشرين بل لا يسمع أكثر من ذلك فيقدر بها تقديرا بالأكثر وأما ما قيل أن هذا يرجع إلى قول
أهل الطبائع فإنهم يقولون لا يجوز أن يعيش أحد أكثر من ذلك وقولهم باطل بالنصوص كنوح وغيره فما لا ينبغي
أن يذكر توجيها للمذهب من مذاهب الفقهاء وكيف وهم أعرف بما دلت عليه النصوص والتواريخ بالأعمار السالفة
للبشر بل لا يحل لأحد أن يحكم على أئمة المسلمين أنهم اعتمدوا في قولهم على أمر هم يعترفون ببطلانه ويوجبون عدم
اعتباره في شيء من الأشياء ووجه ظاهر الرواية أنه من النوادر أن يعيش الإنسان بعد موت أقرانه فلا يبنى الحكم
عليه ثم اختلفوا فذهب بعض المشايخ إلى أن المعتبر موت أقرانه من جميع البلاد وآخرون أن المعتبر موت أقرانه
في بلده فإن الأعمار قد تختلف طولا وقصرا بحسب الأقطار بحسب إجرائه تعالى العادة ولذا قالوا الصقالبة
أطول أعمارا من الروم فإنما يعتبر بأقرانه في بلده ولأن في ذلك حرجا كبيرا في تعرف موتهم من البلدان المختلفة
من بلده فإنما فيه نوع حرج محتمل وأما المروي عن أبي يوسف فقد ذكر عنه وجه يشبه أن يكون على سبيل المداعبة
منه لهم قيل إنه سئل عنه فقال أبينه لكم بطريق محسوس فإن المولود إذا كان ابن عشر يدور حول أبويه هكذا
وعقد عشرا فإذا كان ابن عشرين فهو بين الصبا والشباب هكذا وعقد عشرين فإذا كان ابن ثلثين يستوي هكذا
وعقد ثلثين فإذا كان ابن أربعين تحمل عليه الأثقال هكذا وعقد أربعين فإذا كان ابن خمسين ينحني من كثرة
الأثقال والأشغال هكذا وعقد خمسين فإذا كان ابن ستين ينقبض للشيخوخة هكذا وعقد ستين فإذا كان
ابن سبعين يتوكأ على عصى هكذا وعقد سبعين فإذا كان ابن ثمانين يستلقي هكذا وعقد ثمانين فإذا كان ابن تسعين
تنضم أمعاؤه في بطنه هكذا وعقد تسعين فإذا كان ابن مائة يتحول من العقبى كما يتحول الحساب من اليمنى إلى اليسرى
ولا شك أن مثل هذا لا يثبت الحكم وإنما المعول عليه الحمل على طول العمر في المفقود احتياطا والغالب فيمن
طال عمره أن لا يجاوز المائة فقوله في المبسوط وكان محمد بن سلمة يفتي بقول أبي يوسف حتى تبين له خطاؤه في
نفسه فإنه عاش مائة وسبع سنين ليس موجبا الخطاء به لأنه مبني على الغالب عنده وكونه هو خرج عن الغالب لا يكون
مخطيا فيما أعطى من الحكم ولذا ذكر الإمام سراج الدين في فرائضه عن نصير بن يحيى أنها مائة سنة لأن الحياة
بعدها نادر ولا عبرة بالنادر وروي أنه عاش مائة وتسع سنين أو أكثر ولم يرجع عن قوله واختار الشيخ
الإمام أبو بكر محمد بن حامد أنها تسعون سنة لأنه الغالب في أعمار أهل زماننا وهذا لا يصح إلا أن يقال
إن الغالب في الأعمار الطوال في أهل زماننا أن لا تزيد على ذلك نعم المتأخرون الذين اختاروا ستين سنة بنوه على
الغالب من الأعمار والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقا
فلذا قال شمس الأئمة الأليق بطريق الفقه أن لا يقدر بشيء لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون وهذا هو قول المص
الأقيس إلى آخره ولكن نقول إذا لم يبق أحد من أقرانه حكم بموته اعتبارا لحاله بحال نظيره وهذا رجوع إلى
ظاهر الرواية قال المصنف والأرفق أي بالناس أن يقدر بتسعين وأرفق منه التقدير بستين وعندي الأحسن
سبعون لقوله عليه الصلاة والسلام أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين فكانت المنتهى غالبا وقال بعضهم

يفوض إلى رأي القاضي فأي وقت رأى المصلحة حكم بموته واعتدت امرأته عدة الوفاة من وقت الحكم بالوفاة
كأنه مات فيه معاينة إذ الحكمي معتبر بالحقيقي **قوله** ومن مات منهم أي ممن يرث المفقود قبل ذلك أي
قبل أن يحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود بناء على الحكم بموته قبل موت المفقود فتجري مناسخة فيرث ورثته
من المفقود لأنه لم يحكم بموت المفقود بعد وحين مات هذا كان المفقود محكوما بحياته كما إذا كانت حيوته
معلومة ولا يرث المفقود أحدا مات في حال فقده لأن بقاءه حيا في ذلك الوقت يعني وقت موت ذلك الأحد
باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة في الاستحقاق بل في دفع الاستحقاق عليه لذلك جعلناه حيا في حق نفسه
فلا يورث ماله في حال فقده ميتا في حق غيره فلا يرث هو غيره وكذلك لو أوصي له ومات الموصي في حال الفقد
قال محمد لا أقضي بها ولا أبطلها حتى يظهر حال المفقود يعني يوقف نصيب المفقود الموصى له به إلى أن يقضي
بموته فإذا قضي به جعل كأنه مات الآن وفي استحقاقه لمال غيره كأنه مات حين فقد وهذا معنى قولنا المفقود
ميت في مال غيره **قوله** ثم الأصل أنه إذا مات من يحجب يرثه المفقود إن كان مع المفقود وارث لا يحجب بالمفقود
حجب حرمان ولكنه ينتقص حقه به يعطى ذلك الوارث أقل نصيبه ويوقف الباقي حتى تظهر حيوة المفقود أو
أو يقضى بموته وإن كان معه وارث يحجب به لا يعطى ذلك الوارث شيء بيانه رجل مات عن ابنتين وابن مفقود وابن
ابن وابنة ابن والمال الموروث في يد أجنبي وتصادقوا أي الأجنبي والورثة على فقد الابن وطلبت البنتان
الميراث يعطيان النصف لأنه متيقن به لأن أخاهما المفقود إن كان حيا فلهما النصف وإن كان ميتا فلهما الثلثان
فالنصف متيقن فيعطيانه ويوقف النصف الآخر في يد الأجنبي الذي هو في يده ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم
يحجبون بالمفقود لو كان حيا ولا يستحق الميراث بالشك ولا ينزع من يد الأجنبي إلا إذا ظهرت خيانته بأن كان أنكر
أن للميت عنده مالا حتى أقامت البنتان البينة عليه فقضي بها لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فإنه
حينئذ يؤخذ الفضل الباقي منه ويوضع على يد عدل لظهور خيانته ولو كانوا لم يتصادقوا على فقد الابن بأن قال
الأجنبي الذي في يده المال مات المفقود قبل أبيه فإنه يجبر على دفعه الثلثين للبنتين لأن إقراره معتبر فيما
في يده وقد أقر أن ثلثيه للبنتين فيجبر على دفعه لهما ولا يمنع إقراره قول أولاد الابن أبونا أو عمنا مفقود لأنهم
بهذا القول لا يدعون لأنفسهم شيئا ويوقف الثلث الباقي في يده ولو كان المال في يد البنتين واتفقوا على
الفقد لا يحول المال من موضعه ولا يوخر شيء للمفقود بل يقضى للبنتين بالنصف ميراثا ويوقف النصف في
أيديهما على حكم ملك الميت فإن ظهر المفقود حيا دفع إليه وإن ظهر ميتا أعطي البنتان سدس كل المال من ذلك النصف
والثلث الباقي لولد الابن للذكر مثل حظ الأنثيين ولو قالت البنتان مات أخونا وليس بمفقود وقال ولد الابن
بل مفقود والمال في أيديهما أعطيتا الثلثين ووقف الثلث لأنهما في هذه يدعيان الثلثين والمال في أيديهما فإن
ظهر حيا أنه أخذ منهما السدس له ولو كان المال في يد ولد المفقود واتفقوا أنه مفقود يعطى البنتان النصف
لأنهما إنما ادعياه بالإقرار بفقده ويوقف النصف الآخر في يد من كان في يده ولو ادعى ولد المفقود أن أباهما
مات لم أدفع إليهما شيئا حتى تقوم البينة على موته قبل أبيه أو بعده فإن قامت على موته قبله يعطيهم الثلث
والثلثان للبنتين لأن الميت على هذا مات عن بنتين وأولاد ابن وإن قامت عليه بعده يعطيهم النصف
لأن الميت مات عن بنت وابن ثم مات الابن عن ولد قال المصنف ونظيره أي في الميراث عند الشك في نصيب
الحمل فإنه يوقف له ميراث ابن واحد على ما عليه الفتوى واحترز به عما روي عن أبي حنيفة أنه يوقف له ميراث
أربع بنين لما قال شريك رأيت بالكوفة لأبي إسمعيل أربع بنين في بطن واحد وسماعن محمد ميراث ثلثة بنين

وفي اخرى نصيب ابنين وهو رواية عن ابي يوسف وعن ابي يوسف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى ولو كان
مع الحمل وارث اخر لا يسقط بحال ولا يتغير بالحمل يعطى كل نصيبه للتيقن به على كل حال وكذا اذا ترك ابا وامراة
حاملا تعطى المراة الثمن وان كان ممن يسقط بالحمل لا يعطى شيا وان كان ممن يتغير يعطى الاقل للتيقن به مثاله ترك امراة
حاملا وجدة يعطى السدس لانه لا يتغير لها ولو ترك حاملا واخا او عما لا يعطى شيا لان الاخ لا يسقط بالابن وجاز
ان يكون الحمل ابنا وكان بين ان يسقط ولا يسقط فكان اصل الاستحقاق مشكوكا فيه فلا يعطى شيا ولو ترك حاملا
واما او زوجة تاخذ الام السدس والزوجة الثمن لانه لو كان ميتا احدث للام الثلث او حيا احدث السدس والزوجة
الثمن لانه لو كان ميتا اخذت الربع والله الموفق للصواب

كتاب الشركة

هو باسكان الراء في المعروف اورد الشركة عقيب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال احدهما امانة في يد الآخر
كما ان مال المفقود امانة في يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق في مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث
آخر والمفقود حي وهذه مناسبة خاصة بينهما والاول عامة فيهما وفي الابق واللقيط واللقطة واللقطة
على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليها واولاه الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس
المفقود والابق وكان بعضهم تخيل ان عرضية الهلاك للمال فقال لان المال على عرضية التوى وحاصل محاسن
الشركة ترجع الى الاستعانة في تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما وما قيل انه
اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم لمصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل اشركه شركا فظهر انها فعل
الانسان وفعله الخلط واما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المادة ولا يبطل ان اسمه
الاشتراك لان الاشتراك فعلهما ايضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بفي في العرف
فيقال اشتركا في المال اي حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه اي تعلق به اشتراكهما اي خلطهما وركنها في شركة
العين اختلاطهما وفي شركة العقد اللفظ المفيد له هذا ويقال الشركة على العقد نفسه لانه سبب الخلط
فاذا قيل شركة العقد بالاضافة فهي اضافة بيانية **قوله** الشركة جائزة الى اخره قيل شرعيتها بالكتاب والسنة
والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى فهم شركاء في الثلث وهذا خاص بشركة العين دون المقصود الاصل الذي هو
شركة العقد وقوله تعالى وان كثيرا من الخلطاء اي الشتركين لا ينص على جواز كل منهما مع انه حكاية قول النبي داود
عليه السلام اخبار المتصفين عن شريعته اذ ذاك فلا يلزم استمراره في شريعتنا واما السنة فما في ابي داود وابن ماجة
والحاكم عن السايب بن ابي السايب انه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي في الجاهلية فكنت خير شريك
لا تداري ولا تماري وروى احمد بن حنبل من حديث عبد الله بن عثمان بن خثيم عن مجاهد عن السايب ان النبي
صلى الله عليه وسلم شاركه قبل الاسلام في التجارة فلما كان يوم الفتح جاءه فقال عليه الصلاة والسلام مرحبا
باخي وشريكي كان لا يداري ولا يماري يا سايب قد كنت تعمل اعمالا في الجاهلية لا تقبل منك وهي اليوم تقبل
منك وكان ذا سلف وصدقة واسم السايب صيفي بن عايذ بن عبد الله بن عمر بن مخزوم وقال السهيلي فيه كثير
الاضطراب فمنهم من يرويه عن ابي السايب ومنهم من يرويه عن قيس بن السايب ومنهم عن عبد الله بن السايب
وهذا اضطراب لا يثبت به شي ولا تقوم به حجة انما يعم اذا اراد الحجة في تعيين الشريك من كان اما غرضنا
وهو ثبوت مشاركته صلى الله عليه وسلم فثابت على كل حال قال ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث تدارئ
مهموز في الحديث اي يدافع ثم اراد المشايخ هذا انما يفيد ان الشركة كانت على عهد الجاهلية ويوجد الدليل

اعني

اعني انه بعث وهم يتشاركون فقررهم ومفيد الجزء الثاني ما في ابي داود ومستدرك الحاكم عن ابي هريرة
عنه عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى انا ثالث الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان خرجت
من بينهما زاد رزين وجاء الشيطان وضعفه ابن القطان بجهالة والد ابي حيان وهو سعيد قال
الراوية عن ابي حيان عن ابيه وهو سعيد بن حيان ورواه غيره عن ابي حيان مرسلا ورواه الدارقطني يد الله
على الشريكين ما لم يخن احدهما صاحبه فاذا خان احدهما صاحبه رفعها عنهما ولا شك ان كون الشركة مشروعة
اظهر ثبوتا مما به ثبوتها من هذا الحديث ونحوه اذ التوارث والتعامل بها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم
وهلم جرا متصل لا يحتاج فيه الى اثبات حديث بعينه فلهذا لم يزد المصنف على ادعاء تقريره عليه الصلاة
والسلام عليها **قوله** الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها الرجلان
او يشتريانها وظاهر هذا الحمل من القدوري الحصر يذكر المصنف انها لا تقتصر على ما ذكر بل تثبت فيما
اذا اتهبا عينا او ملكاها بالاستيلاء بان استوليا على مال الحربي يملك ما له بالاستيلاء او اختلط مالهما من
غير صنع من احدهما بان تفتق كيساهما المتجاورين فاختلط ما فيهما او اختلطاهما خلطا يمنع التمييز كالحنطة
بالحنطة او يتعسر كالحنطة بالشعير ولو قال العين يملكانها كان شاملا الا ان بعضهم ذكر من شركة الاملاك
الشركة في الدين فقيل يجاز الدين وصف شرعي لا يملك وقد يقال بل يملك شرعا ولذا جاز هبته من عليه
وقد يقال ان الهبة مجاز عن الاسقاط ولذا لم يجز من غير من عليه والحق ما ذكروا من ملكه ولذا ملك ما عنه
من العين على الاشتراك حتى اذا دفع من عليه الى احدهما كان للاخر الرجوع عليه بنصف ما اخذ وليس له
ان يقول هذا الذي اخذته حصتي وما بقي على المديون حصتك ولا يمنع من المديون ايضا ان يعطيه
شيا على انه قضاه واخر الاخر فالو والحيلة في اختصاص الاخذ بما اخذ دون شريكه ان يهبه من عليه مقدار
حصته ويبرئه هو من حصته وحكم هذه الشركة انه لا يجوز له ان يتصرف في نصيب شريكه الا بامره لان
كلا منهما في نصيب الاخر كالاجنبي عن الشركة لعدم تضمنها وكالة وانه يجوز ان يبيع كل نصيبه من الشريك
في جميع الصور واما من غير الشريك فيجوز بغير اذنه في جميع الصور الا في صورتي الخلط والاختلاط
فانه لا يجوز بيع احدهما نصيبه من غير الشريك الا باذن الشريك قال المصنف وقد بينا الفرق في كفاية المنتهي
وحقيقة الفرق ما اشار اليه في الفوايد الظهيرية وهو ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بان اشتريا
حنطة او ورثاها كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل منهما نصيبه شايعا جايز من الشريك والاجنبي
بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط كان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها لاحدهما ليس للاخر فيها شركة
فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطا بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه بخلاف
بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم واما ما ذكر شيخ الاسلام من ان خلط الجنس بالجنس تعديا سبب لزوال
الملك عن المخلوط ماله الى الخالط فاذا حصل بغير تعد يكون سببا لزوال ثابتا من وجه دون وجه فاعتبر
نصيب كل واحد زايلا الى الشريك في حق الاخر من الاجنبي غير زايل في حق البيع من الشريك فقد منع ثبوت
الزوال من وجه فان تمام السبب فيه هو التعدي فعند عدمه لا يثبت من وجه والا لكانت جميع المسببات
ثابتة من وجه قبل اسبابها وايضا فالزوال الى الخالط عينا لا الى كل منهما فلا يترتب عليه اعتبار نصيب
كل منهما زايلا الى الشريك الاخر عند البيع من الاجنبي بل المترتب عليه اعتباره زايلا الى الشريك الخالط
عينا فلا يلزم اعتبار نصيب كل منهما زايلا الى الشريك في البيع من الاجنبي بل اعتبار نصيب غير الخالط فقط اذا

باع من الاجنبي وانما قلنا ان تمام السبب التعدي لان الخلط لا يظهر اثره في ذلك وانما يتبين به اي بعدهو السبب في زوال الملك في هذا المال فيقال التعدي في خلطه **قوله** والضرب الثاني شركة العقود وركنها الايجاب والقبول ثم فسرها المصنف بقوله وهو ان يقول احدهما شاركتك في كذا ويقول الاخر قبلت اي كذا من المال وفي كذا من التجارات البزازية او البقالية في العنان او في كل مالك ومالي وهما متساويان وفي جميع التجارات وكل كفيل عن الاخر في المفاوضة ونحو ذلك بناء على عدم اشتراط لفظ المفاوضة كما سياتي وليس اللفظ المذكور بلازم بل المعنى ولهذا لو دفع الف الي رجل وقال اخرج مثلها واشتر وما كان من ربح فهو بيننا وقبل الاخر واخرجها وفعل انعقدت الشركة ويندب الاشهاد عليها وذكر محمد رحمه الله كيفية كتابها فقال هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا علي تقوي الله تعالي واداء الامانة ثم يبين قدر راس مال كل منهما ويقول ذلك كله في ايديهما يشتريان به ويبيعان جميعا وشتي ويعمل كل منهما برايه ويبيع بالنقد والنسيئة وهذا وان كان يملكه كل بمطلق عقد الشركة الا ان بعض العلما يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما علي قدر رووس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك ولا خلاف ان اشتراط الوضيعة بخلاف قدر راس المال باطل واشتراط الربح متفاوتا عندنا صحيح فيما سيذكر فان كانا شرطا التفاوت فيه كتباه كذلك ويقول اشتركا علي ذلك في يوم كذا في شهر كذا وانما يكتب التاريخ كيلا يدعي احدهما لنفسه حقا فيما اشتراه الاخر قبل هذا التاريخ **قوله** وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة قابلا للوكالة وعقد الشرك منصوب علي المصدر معمولا لمعقود وكل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وتختص المفاوضة بالكفالة وانما شرط ذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا فيتحقق حكمه اي حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلا عن صاحبه في النصف واصيلا في الاخر لا يكون المستفاد مشتركا لاختصاص المشتري بالمشتري واحترز به عن الاشتراك في التكدي والاحتطاب والاحتشاش والاصطياد فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب **قوله** ثم هي اي شركة العقود علي اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنايع وشركة الوجوه قيل في وجه الحصر ان العقد اما ان يذكر فيه مال او لا وفي الذكر اما ان يشترط المساواة في المال وربحه وتصرفه ونفعه وضره او لا فان شرطا ذلك فهو المفاوضة والا فهو العنان وفي عدم ذكر المال اما ان يشترطا العمل في مال الغير او لا فالاول الصنايع والثاني الوجوه وقيل عليه ان تقتضي ان شركة الصنايع والوجوه لا يكونان مفاوضة ولا عنانا وليس كذلك كما سنذكره فيما ياتي فوجه التقسيم ما ذكره الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي حيث قالا الشركة علي ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منهما علي وجهين مفاوضة وعنان وسياتي البيان ان شا الله تعالي **قوله** فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل منهما كفيلا عن الاخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه كما انه وكيل عنه لانها شركة عامة بتفويض كل منهما الي صاحبه علي العموم في التجارات والتصرفات لان التفويض الشركة والمفاوضة المساواة فلزم مطلق المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه فيعم التساوي في ذلك ولا يخفي ان قول المصنف فهي من المساواة تساهل لانها مادة اخرى فكيف يتحقق الاشتقاق بل هي من التفويض او الفوض الذي منه فاض الماء اذا عم وانتشر وانما اراد ان معناها المساواة واستشهد بقول الافوه الاودي لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا وبعده اذا تولى سراة الناس امرهم نمى علي ذاك امر القوم وازدادوا وقبل بعده تهدى الامور باهل الرأي

ما صلحت فان تولت فبالجهال تنقاد ومعنى البيت اذا كان الناس متساوين لا كبير لهم ولا سيد يرجعون اليه بل كان كل واحد مستقلا ينفذ مراده كيف كان تحققت المنازعة والفساد كما في قوله تعالى لو كان فيهما الهة الا الله لفسدتا والسراة جمع سري وهو السيد وجعله صاحب المفصل اسم جمع له كركب في راكب والسعدي فعيل جمع علي فعلة بالتحريك واصله سروة فتحركت الالف وانفتح ما قبلها قلبت الفا فصار سراة واصل سري سريو اجتمعا وسبقت احدهما بالسكون فقلبت الواو ياء ثم ادغمت اليا وسياتي وجه المساواة فلا بد من تحقيق المساواة ابتداء عند عقد الشركة وانتهاء اي في مدة البقاء لان عقد الشركة عقد غير لازم فان لكل منهما ان يفسخه اذا شا فكان لبقايه حكم الابتدا فما يمنع ابتدا العقد من التفاوت في المال يمنع بقاءه حتى لو كان المالان سوا يوم العقد ثم زادت قيمة احدهما قبل الشرا فسدت المفاوضة وصارت عنانا بخلاف ما لو زاد بعد الشراء بالمالين لان الشركة انتقلت الي المشتري فانما تغير سعر راس المال بعد خروجه عن الشركة فيه ولو اشتريا بجميع مال احدهما ثم فضل مال الاخر ففي القياس تفسد المفاوضة وفي الاستحسان لا تفسد لان الشرا بالمالين جميعا قل ما يتفق فيلزم باشتراطه حرج ولان المساواة قايمة معنى لان الاخر لا يملك نصف المشتري صار نصف الثمن مستحقا عليه لصاحبه ونصف ما لم يشتر به لصاحبه غير انه لا يشترط اتحاد سكة فلو كان لاحدهما دراهم سود وللاخر مثلها بيض وقيمتهما متساوية صحت المفاوضة بخلاف ما لو زادت وكذا لو كان لاحدهما الف وللاخر مائة دينار قيمتها الف صحت فان زادت صارت عنانا وكذا لو ورث احدهما دراهم او وهبها تنقلب عنانا ثم المراد بالمال الذي يلزم فيه التساوي ما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس على قولهما دون العروض ولو كان لاحدهما وديعة نقد لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الي ان يقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا وكذا يعتبر التساوي في التصرف فانه لو ملك احدهما تصرفا لم يملكه الاخر فات التساوي وكذا في الدين لما نبين عن قريب **قوله** وهذه الشركة جايزة في قول اصحابنا رحمهم الله استحسانا والقياس ان لا تجوز وهو قول الشافعي رحمه الله ومالك قال مالك رحمه الله لا اعرف ما المفاوضة وهذا لا يلزم مناقضته كما قيل اذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها لان العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد والمعنى لا وجود للمفاوضة علي الوجه الذي ذكر تقوم به في الشرع وما لا وجود له شرعا لا صحة له وقد حكي عن اصحاب مالك ان المفاوضة تجوز وهي ان يفوض كل الي الاخر التصرف في غيبته وحضوره وتكون يده كيده غير ان لا يشترط التساوي في المالين وممن روي عنه القول بالمفاوضة الشعبي وابن سيرين ذكره الشيخ ابو بكر الرازي وجه قولهما وهو وجه القياس انها تضمنت الوكالة بشرا مجهول الجنس والكفالة لمجهول وكل بانفراده فاسد لو قال وكلتك بشرا ثوب او عبد لم يجز حتى يبين نوعه وصفته ولو كفل لمن سيدينه بما يلزمه لا يصح فاجتماعهما يزيد فسادا فان قيل الوكالة العامة جايزة كالوكالة الاخر وكلتك في مالي اصنع فيه ما شئت حتى يجوز له ان يفعل ما شا قلنا العموم غير مراد فانه لا يثبت وكالة كل في شراء طعام اهل الاخر وكسوتهم فاذا لم يكن عاما كان توكيلا بمجهول الجنس وجه الاستحسان امران احدهما ما روي عنه عليه السلام انه قال فاوضوا فانه اعظم للبركة اي ان عقد المفاوضة اعظم للبركة وقوله عليه السلام اذا فاوضتم فاحسنوا المفاوضة وهذا الحديث لم يعرف في كتب الحديث اصلا والله اعلم به ولا يثبت به حجة على الخصم وانما اخرج ابن ماجه في التجارات عن صالح بن صهيب عن ابيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث فيهن البركة البيع الي اجل والمفاوضة واخلاط البر بالشعير للبيت

لا للبيع وفي بعض نسخ ابن ماجه المفاوضة بدل المقارضة ورواه ابراهيم الحربي في كتاب غريب الحديث وضبطه
المعاوضة بالعين والضاد وفسرها ببيع عرض بعرض مثله والاحسن ما ذكره من ان الناس تعاملوا بها من غير نكير
وبه يترك القياس لان التعامل كالاجماع ولو منع ظهور التعامل بها على الشروط التي ذكرتم من المساواة في جميع
ما يملكه كل من النقود بل على شرط التفويض العام كما عن مالك امكن ثم اجاب عن القياس فقال الجهالة
متحملة لانها انما تثبت تبعا والتصرف قد يصح تبعا ولا يصح مقصودا كما في المضاربة فانها تتضمن الوكالة بشرا
مجهول الجنس وكذا شركة العنان فلا يتم الالزام واسقط الكلام الكلي وهو قوله والجهالة تبعا الجواب عن الزام
الكفالة لمجهول وفصل الجواب فيها في المبسوط فقال واما الجهالة فعينها لا تبطل الكفالة ولا يمكن المنازعة
بسببها وهو منعدم هنا لان كل واحد انما يصير ضامنا عن صاحبه ما لزمه بتجارته وعندنا اللزوم المضمون له
والمضمون به معلوم وكان المصنف انما لم يعرج عليه لانه لو صح صحت الكفالة لمجهول ابتداء لان عند اللزوم
لا بد ان يتعين المكفول له فاكتفى بنفي الالزام عما ذكر من ان الشيء قد يصح تبعا لا قصدا ولا يلزم من عدم صحة
الكفالة كذلك قصدا عدم صحتها ضمنا وعلى هذا يمكن اثبات صحتها تبعا احسن من هذا الجواب هكذا التصرف
نافع لا مانع فيه في الشرع يوجب صحته والمانع وهو الوكالة بمجهول والكفالة لمجهول يمنع اذا ثبت قصدا
ولا يلزم من منع الشيء اذا ثبت قصدا منعه اذا ثبت ضمنا فان قيل فمن اين اشتراط المساواة في المال قلنا
هذا امر يرجع الى مجرد الاصطلاح وذلك ان الشركة في صورة يكون الشريكان متساويين في المالين على وجه التفويض
على العموم جايزة بلا مانع كما في صورة عدم تساويهما فلنا ان نعقد على الوجه الاول نسميها الشركة مفاوضة ولا
سميناها عنانا غير انا اكتفينا بلفظ المفاوضة في ثبوت الشرط المذكور لجعلنا اياه علما على تمام المساواة في
امر الشركة فاذا ذكراها تثبت احكامها اقامة اللفظ مقام المعنى بخلاف ما اذا لم يذكراها لعدم تحقق رضاهما
باحكامها الا ان يذكرا تمام معناها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع
ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة
وعلى ان كلا ضامن على الاخر ما يلزمه من امر كل بيع وهذا قول المصنف وتنعقد بلفظ المفاوضة لبعد شرايطها
عن فهم العوام حتى لو بينا جميع ما تقتضيه تجوز لان المعتبر هو المعنى واللفظ وسيلة الى افهامه ولو عقدا
بلفظ المفاوضة وبعض شرايطها منتف انعقدت عنانا اذا لم يكن المنتفي من شروط العنان ويكون تعبيرا
بالمفاوضة عن العنان **قوله** وان كان احدهما كتابيا والآخر مجوسيا ان فيه للوصل وقوله لما قلنا اي لتحقق
التساوي اذ الكفر كله ملة واحدة **قوله** ولا تجوز بين الحر والمملوك ولا بين الصبي والبالغ لتعذر المساواة لان
الحر البالغ يملك التصرف والكفالة والمملوك لا يملك واحدا منهما الا باذن المولى والصبي لا يملك الكفالة اصلا
ولو اذن له الولي ولا يملك التصرف الا باذنه **قوله** ولا بين المسلم والكافر وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله تجوز للتساوي بينهما في صحة الوكالة والكفالة وكون احدهما
وهو الكافر يملك زيادة تصرف لا يملكه الاخر كالعقد على الخمر ونحوه لا معتبر به بعد تساويهما في اصل التصرف
مباشرة ووكالة وكفالة وصار كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جايزة ويتفاوتان في العقد على
متروك التسمية الا انه يكره اي عقد الشركة بين المسلم والكافر لان الذمي لا يهتدي الى الجايز من العقود
او لا يحترز من الربو فيكون سببا لوقوع المسلم في اكل الحرام وقوله الا انه يكره استثناء من قوله قال ابو يوسف
تجوز بناء على استعمال الجواز في اعم من الاباحة بمعنى استواء الطرفين وهو ما لا عقاب عليه وفيه نظر لان قضية

الاستثناء ان ينتفي الحكم عما بعد الا فيكون قد اخرج الكراهة التي يتضمنها الجواز عنه فلا يثبت فانما هو مستدرك
من الجواز فان مطلقه ينصرف الى غير المكروه فاستدرك منه الكراهة اي لكنه مكروه وبعض اهل الدرس قالوا
يريد الاستثناء المنقطع لما اراده بمعنى لكن وهو غلط لان المستثنى في المتصل والمنقطع مخرج من حكم الصدر بالاجماع
لم يجئ في ذلك ما ادعاه الاحاد اي يقتضي اخراج الكراهية عن ثبوت الجواز فلا يثبت الكراهة ولما انه لا تساوي
في التصرف فان الذمي لو اشترى برأس ماله خمورا وخنازير يصح ولو اشتراهما لا يصح لكن بقي قول ابي يوسف
كالمفاوضة بين الحنفي والشافعي مع التفاوت فيما يملكان لم يجب عنه وكذا بين الكتابي والمجوسي فان المجوسي
يتصرف في الموقوذة لانه يعتقد ماليتها دون الكتابي وكذا الكتابي يواجر نفسه للذبح دون المجوسي واجيب
بان منهم من جعل الموقوذة مما لا يتقومها في حقهم فلا فصل بين المجوسي والكتابي فيتحقق المساواة في التصرف واما مواجرة
نفسه للذبح فكل منهما اهل ان يتقبل ذلك العمل على ان يعمل بنفسه او بنائبه واجارة المجوسي نفسه للذبح جايزة
يستوجب بها الاجر وان كان لا تحل ذبيحته واما الحنفي والشافعي فالمساواة ثابتة لان الدليل على كونه ليس بما لا
متقوما قايم وولاية الالزام بالمحاجة ثابتة باتحاد الملة والاعتقاد فلا يجوز التصرف فيه للشافعي كالحنفي
واما المسلم مع المرتد فلا يجوز الشركة بينهما في قولهم هكذا ذكر الكرخي وذكر في الاصل قياس قول ابي يوسف
انه يجوز عنده **قوله** ولا بين الصبيين يعني ولو اذن وليهما لانهما ليسا من اهل الكفالة ولا بين العبدين
والمكاتبين **قوله** وكل موضع لم تصح المفاوضة لفقد شرطها الى اخره وذلك كما لو عقدا بالغ وصبي او حر
وعبد او مكاتب او شرطا عدم الكفالة تصير عنانا وان عما التصرف والمال وتساويا فيه لان عقد شركة
العنان قد يكون عاما كما يكون خاصا بخلاف المفاوضة لا تكون الا عامة **قوله** وتنعقد اي المفاوضة
على الوكالة والكفالة وان لم يصرح بهما فان ذلك موجب اللفظ فيثبت بذكره اي وكالة كل منهما عن الآخر في
نصف ما يشتريه وكفالة كل منهما الآخر اما انعقادها على الوكالة فليتحقق غرض الشركة وقوله على ما بينا
يريد قوله ليكون ما يستفاد به على الشركة فيتحقق الاشتراك في الربح واما الكفالة فليتحقق المساواة التي
هي مقتضى المفاوضة فيما هو من موجبات التجارة وهو توجه المطالبة نحوهما بسبب ما هو من افعالها وما يشبه
ما هو تجارة وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم فيختص به ومع ذلك يكون
الآخر كفيلا عنه حتى كان لبايع الطعام والكسوة له ولعياله واداهم ان يطالب الاخر ويرجع الاخر بما ادى على
الشريك المشتري بخلاف ما لو اشترى احدهما جارية للوطء باذن شريكه فانه يختص بها على ما سياتي في آخر
الشركة ان شاء الله تعالى وانما اختص بذلك ولم يقع على الشركة استحسانا بالضرورة فان الحاجة الراتبة معلوم
وقوعها اي المستمرة من قولهم رتب الشيء اذا دام ومنه امر ترتب اي دايم ببعض التاء الثانية وضمها ولا يمكن ايجاب
نفقة عياله على صاحبه وكان مستثنى ضرورة والقياس وقوعه على الشركة لما بينا من ان مقتضى العقد المساواة
ثم كفالة كل للآخر انما هي فيما هو من ضمان التجارة او ما يشبه ضمان التجارة فيكون صاحب الدين بالخيار ان شاء
اخذ المشتري منه بدينه وان شاء اخذ به شريكه وضمان التجارة كثمن المشتري في البيع الجائز وقيمته في
الفاسد واجرة ما استاجره سواء استاجره لنفسه او لحاجة التجارة وما يشبه ضمان التجارة فضمان غصب
او استهلاك عند ابي حنيفة او وديعة اذا جحدها او استهلكها وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه
المواضع يفيد له تملك الاصل فيصير في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان لا يشبه ضمان التجارة لا يؤخذ
به كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص وعن عتق العبد له ان يطالب الشريك على

العلم اذا انكر الشريك الجاني بخلاف ما لو ادعى على احدهما بيع خادم فانكر فللمدعي ان يحلف المدعى عليه على البتات
وشريكه على العلم لان كل واحد لو اقر بما ادعاه المدعي يلزمهما بخلاف الجناية لو اقر احدهما لا يلزم الاخر فلا فائدة
في الاستحلاف وصورة الخلع ما لو عقدت امراة شركة مفاوضة مع رجل او امراة ثم خالعت زوجها على مال
لا يلزم شريكها وكذا لو اقرت ببدل الخلع او التزمه احد الشريكين وهو اجنبي **قوله** ولو كفل احدهما
بمال عن اجنبي لزم صاحبه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يلزم صاحبه لانه اي الكفيل متبرع ولهذا لا تصح
الكفالة من الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولهذا ايضا لو صدر اي عقد الكفالة من المريض مرض الموت
صح من الثلث وصار كالاقراض اذا اقرض احدهما من مال التجارة لانسان لا يلزم الشريك وانما اقتصر على صدور
عقد الكفالة في المرض لان المريض لو اقر بكفالة سابقة على المرض لزمت في كل المال بالاجماع لان الاقرار بها
بلا في حال بقائها وهي في حال البقاء معاوضة على ما سنذكره في الاسرار وكون الاقراض لا يلزم الشريك
ولو اخذ به شريكه هو قول محمد وظاهر الرواية عن ابي حنيفة وقال بعضهم وقال ابو يوسف لا يجوز ونسبه
الى الايضاح وعبارة الايضاح نقلها في النهاية وغيرها هكذا قال يضمن يعني المقرض لشريكه نوى المال
او لم ينو وقياس قول ابي يوسف يضمن المقرض حصة شريكه قال وهذا فرع اختلافهم في ضمان الكفالة فعند
ابي يوسف ضمان الكفالة ضمان تبرع فلا يلزم الشريك فكذا المقرض وعند ابي حنيفة ضمان
الكفالة يلزم الشريك والكفيل في حكم المقرض ولابي حنيفة انه اي عقد الكفالة عقد تبرع ابتداء ومعاوضة
بقاء كالهبة بشرط العوض لانه اي الكفيل المدلول عليه بالكفالة يستوجب الضمان على المكفول عنه بما يؤديه
عنه اذا كفل بامره فيلزم شريكه بعدما لزم عليه فبالنظر الى البقاء تضمنه المفاوضة وبالنظر الى الابتداء
لم يصح ممن ذكره والوجه ان يقول ممن ذكراه يعني الصبي والعبد الماذون والمكاتب ولا يبعد ان يكون مبنيا
للمفعول بلا ضمير وانه سقط من قلم الكاتب ما يشبه الها وهذا لان الكفالة في الابتداء تبرع فلا يتصور
تمامها معاوضة لان التمام بناء على الابتداء وقد يقال ان الكفالة تلاقي الذمة والذمة في الماذون كالمشتركة
بينه وبين المولى حتى صح اقرار المولى عليه في الذمة بقدر قيمته فلم تلاق الكفالة حقه بخلاف الحر البالغ
لانها لاقت حقه فصحت ثم تمت معاوضة فلزمت الشريك لان لزومها ليس في حال البقاء لانا انما نقول يلزم
شريكه بعدما لزم الكفيل بخلاف الكفالة بالنفس فانها تبرع ابتداء وبقاء اذ لا توجب للمكفول له على
الكفيل شيئا في ذمته من المال واما الاقراض فانه اعارة محضة ابتداء وانتهاء لا معاوضة والا كان بيع النقد
بالنسيئة في الاموال الربوية فيكون مثلها اي مثل الدراهم او الدنانير المقروضة حكم عينها لا حكم البدل
ولهذا لا يصح فيه التاجيل اي لا يلزم ان يجري على موجب التاجيل في الاعارة والقرض والالزام الجبر فيما فيه تبرع
وهو باطل على ان عن ابي حنيفة رواية الحسن في القرض انه يلزم الشريك وبناء على شبه المعاوضة يلزم المثل
فلنا ان نمنع **قوله** ولو كانت الكفالة بغير امره اي امر المكفول عنه لا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى
المعاوضة انتهاء ايضا اذ لا يتمكن من الرجوع عليه وقوله في الصحيح يشير الى الخلاف المشايخ وما ذكره المصنف
مختار الفقيه ابي الليث وحمل مطلق جواب الجامع الصغير عليه وعامة المشايخ جروا على الاطلاق ولم يتعرضوا
للتفرقة بين كونها بامره اولا **قوله** وضمان الغصب والاستهلاك وكذا ضمان المخالفة في الوديعة والعارية
والاقرار بهذه الاشياء تلزم شريكه ولا معنى لتخصيص المصنف ابا حنيفة هنا لان في ضمان الغصب والاستهلاك
هما مع ابي حنيفة في انه يلزم شريكه وفي الكفالة مع ابي يوسف كما نقله انفا لابي يوسف انه ضمان وجب

بسبب

بسبب غير كاره فلا يلزم شريكه كارش الجناية ولانه بدل المستهلك والمستهلك لا يحتمله الشركة ولهما ان ضمان
الغصب والاستهلاك كضمان التجارة ولهذا صح اقرار الماذون به عبدا كان او صبيا حرا وكذا المكاتب وبواسطة
في الحال ثم هو بدل مال تصح فيه الشركة لانه انما يجب باصل السبب وعند ذلك المحل قابل للتمليك ولذا ملك
المستهلك بالضمان واذا كان كذلك كان كل من المفاوضين ملتزما له ضرورة ونفعه وفي الكافي الاعارة للرهن
نظير الكفالة خلافا وتعليلا ووجه كونها معاوضة عنده انتهاء انه لو هلك الرهن في يد المرتهن يرجع
المعير على الراهن بقدر ما سقط من دينه ولو اقر احد المتفاوضين بدين لمن لا تجوز شهادته له لم يلزم الاخر
عند ابي حنيفة ويلزمه عندهما واصله ان الوكيل لا يملك العقد مع هولاء عنده خلافا لهما وسياتي ان شاء الله
تعالى **قوله** وان ورث احدهما ما لا تصح فيه الشركة فقبضه بطلت المفاوضة وصارت عنانا وكذا اذا
وهب له فقبضه او تصدق به عليه او اوصى له به او زادت قيمة دراهم احدهما البيض على دراهم الاخر
السود او دنانيره قبل الشراء على ما قدمنا كل ذلك اذا وصل الى يده صارت عنانا ولو ورث ما لا تصح فيه
الشركة كالعقار والعروض اختص به ولا تبطل المفاوضة وكذا في باقي الاسباب التي ذكرناها وانما بطلت
لفوات المساواة فيما يصلح راس مال الشركة اذ هي اي المساواة شرط لصحتها ابتداء وبقاء وانما كان ما هو
شرط ابتدائها شرط بقائها لكونه اي عقد الشركة عقدا غير لازم فان لكل منهما بعد العقد لو اراد فسخها
واورد عليه كيف يصح التعليل بعدم اللزوم لان لبقائها حكم الابتداء والاجارة عقد لازم حتى لا ينفرد
احد المتعاقدين فيها بالفسخ بل يجبر القاضي الممتنع على المضي ومع ذلك لبقائها حكم الابتداء حتى لا تبقى
بموت احد المتعاقدين فتبين ان كون العقد لدوامه حكم الابتداء يتحقق مع كونه لازما كما مع كونه غير لازم
اجيب بان القياس في الاجارة ان لا تكون لازمة كما هو مذهب شريح لكون المعقود عليه معدوما في
الحال فهو كالعارية لكنه لما كان عقد معاوضة واللزوم اصل في المعاوضات تحقيقا للنظر من الجانبين
وانفساخه بموت احدهما لا باعتبار ان لدوامه حكم الابتداء بل باعتبار فوت المستحق لان الدار تنتقل الى
ملك الوارث بموت المستاجر فلو بقيت لزم ارث المنفعة المجردة وهي لا تورث ولهذا لو مات الموصى له
بخدمة العبد بطل الوصية ولا تنتقل الى ورثته لان المنفعة المجردة لا تورث وان كانت الوصية
لازمة ولا باس ان نذكر فروعا من شركة العين اذ قل ذكرها في الكتاب امر رجلا ان يشتري عبدا بعينه
بينه وبينه فذهب فاشتراه واشهد انه اشتراه لنفسه خاصة فالعبد بينهما لانه وكيل من جهة الاخر
بشراء نصف المعين فلا يقدر ان يعزل نفسه بغير حضور الموكل وعلى هذا اذا اشتركا على ان ما اشترى كل
واحد منهما اليوم فهو بينهما لم يستطع واحد منهما الخروج من الشركة في ذلك اليوم الا بحضرة الاخر لان كلا
منهما وكيل لصاحبه ولو اشهد الموكل على اخراج الوكيل عما وكله به وهو غير حاضر لم يخرج لانه حتى اذا تصرف
قبل ان يعلم بالعزل نفذ تصرفه على الاخر فكذلك في الشركة ولو امره ان يشتريه بينهما فقال نعم ثم لقيه
اخر فقال اشتر هذا العبد بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المامور فالعبد بين الامرين نصفين ولا شيء
للمشتري فيه لان الاول وكله بشراء نصفه له وقبل فصار بحيث لا يملك شراء ذلك النصف لنفسه فكذا
لغيره لانه انما يملكه لغيره ما يملك شراه لنفسه ولما امره الثاني ان يشتريه بينهما فقد امره بشراء نصفه
له فينصرف الى النصف الاخر لان مقصودهما تصحيح هذا العقد وقد قبل ولا يمكن تصحيحه الا بذلك ولو
اشترى رجل عبدا وقبضه فطلب اليه اخر ان يشركه فاشركه فيه فله نصفه بمثل نصف الثمن الذي اشتراه

به وهذا بنا على ان مطلق الشركة تقتضي التسوية قال الله تعالى فهم شركاء في الثلث لا ان تبين خلافه ولو
اشرك اثنين فيه صفقة واحدة كان بينهم اثلاثا ولو اشتري اثنان عبدا فاشتركا فيه اخر فالقياس ان يكون له
نصفه ولكل من المشتريين ربعه لان كلا صار مملكا نصيبه فيجتمع له نصف العبد وفي الاستحسان له ثلثه لانهما
حين اشركاه سوياه بانفسهما فكانه اشتري العبد معهما ولو اشركه احد الرجلين في نصيبه ونصيب الاخر فاجاز
شريكه ذلك كان للرجل نصفه وللشريكين نصفه وهو ظاهر وروي ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله ان احد
المشتريين اذا قال لرجل اشركتك في هذا العبد فاجاز شريكه كان بينهم اثلاثا لان الاجازة في الانتها كالاذن في
الابتدا وكذلك لو اشركه احدهما في نصيبه ولم يسم فكر اشركه ثم اشركه الاخر في نصيبه كان له النصف
ولو قال احدهما اشركتك في نصف هذا العبد فقد روي ابن سماعة عن ابي يوسف كان مملكا جميع نصيبه منه
بمنزلة قوله قد اشركتك في نصفه الا تري ان المشتري لو كان واحدا فقال لرجل اشركتك في نصفه كان له نصف
العبد كقوله اشركتك بنصفه بخلاف ما لو قال اشركتك في نصيبي فانه لا يمكن ان يجعل بهذا اللفظ مملكا
جميع نصيبه باقامة حرف في مقام حرف البا فانه لو قال اشركتك بنصيبي كان باطلا فلذا كان له نصف نصيبه
واعلم ان ثبوت الشركة فيما ذكرنا كله ينبني على صيرورة المشتري بايعا للذي اشركه وهو استفاد الملك منه
فانبني على هذا ان من اشتري عبدا فلم يقبضه حتى اشرك فيه رجلا لم يجز لانه بيع ما لم يقبض كما لو ولاه اياه ولو
اشركه بعد القبض ولم يسلمه اليه حتي هلك لم يلزمه ثمن لان هلاك المبيع في يد البايع قبل التسليم يبطل البيع
ويعلم انه لا بد من قبول الذي اشركه لان لفظ اشركتك صار ايجابا للبيع ولو قال اشركتك فيه على ان تنقد
عني الثمن ففعل كانت شركة فاسدة لانه بيع وشرط فاسد وهو ان ينقد عنه ثمن نصفه الذي هو ولو نقد عنه
رجع عليه بما نقد لانه قضي دينه بامره ولا شي له في العبد لان الاشراك كان فاسدا والبيع الفاسد بدون
القبض لا يوجب شيا ولو قبض نصف المبيع ثم اشرك فيه اخر ملك الاخر نصف العبد لا نصف النصف الذي قبضه
لان الاشراك يقتضي التسوية وانما يصح اذا انصرف اشراكه الي الكل ثم يصح في المقبوض لوجود شرطه لان تصحيح
التصرف يكون على وجه لا يخالف اللفظ وقضية اللفظ اشتراكه في كله ولو قال رجل لاخر ايما اشتري هذا
العبد فقد اشرك فيه صاحبه او فصاحبه فيه شريك له فهو جائز لان كلا منهما موكل لصاحبه بان يشتري نصف
العبد له فايهما اشتراه كان مشتريا نصفه لنفسه ونصفه لصاحبه فاذا قبضه فهو كقبضهما لان يد الوكيل كيد
الموكل ما لم يمنعه حتي يموت كان من مالهما فان اشتريا معا او اشتري احدهما نصفه قبل صاحبه ثم اشتري صاحبه
النصف الاخر كان بينهما التمام مقصود كل منهما ولو نقد احدهما كان الثمن في هذه الصورة ولو بغير امر صاحبه
رجع بنصفه عليه لان بالعقد السابق بينهما صار كل منهما وكيلا عن الاخر في نقد الثمن من ماله كما لو اشتراه احدهما
ونقد الثمن فان اذن كل منهما لشريكه في بيعه فباعه احدهما على ان له نصفه كان بايعا نصيب شريكه بنصف الثمن
ولو باعه الا نصفه كان جميع الثمن ونصف العبد بينه وبين شريكه نصفين في قياس قول ابي حنيفة وفي قولهما
البيع على نصف المامور خاصة ومبناه على فصلين احدهما ان عند ابي حنيفة الوكيل ببيع العبد يملك بيع نصفه
والوكيل ببيع نصفه يملك بيع نصف ذلك النصف وعندهما لا يملك والثاني ان من قال بعتك هذا الا نصفه
بالف كان بايعا للنصف بالف ولو قال بعتكه بالف على ان لي نصفه كان بايعا للنصف بخمس مائة لان الكلام المقيد
بالاستثنا عبارة عن ما وراء المستثني فكانه قال بعتك نصفه بالف فاما قوله على ان لي نصفه فحاصله ضم
نفسه الي المشتري فيما باعه منه وهذا وان كان في ملكه لكنه اذا كان مفيدا يعم كما في شراء رب المال العامل المضاربة

من الضارب فكان كالمشتري هو مال نفسه مع المشتري فينقسم الثمن عليهما فيسقط نصفه عنه فيبقي
نصف العبد بنصف الثمن على المشتري
مسئلة
اشتري نصف عبد بمائة واشتري اخر نصفه الاخر
بمائتين ثم باعاه مساومة بثلثمائة او بمائتين فالثمن بينهما نصفان ولو باعاه مرابحة بربح مائة او بالعشرة
احد عشر كان الثمن بينهما اثلاثا لان الثمن في بيع المساومة يقابل الملك فيعتبر الملك في المحل دون الثمن الاول
واما بيع المرابحة والتولية والوضيعة فباعتبار الثمن الاول الا تري انه لا يستقيم هذه البيوع في المغصوب
لعدم الثمن ويستقيم بيع المساومة فيه وكذا لو كان مشتري بعوض لا مثل له والثمن الاول كان اثلاثا
بينهما فكذا الثاني يوضحه انا لو اعتبرنا في بيع المرابحة الملك في قسمة الثمن دون الثمن الاول كان البيع مرابحة
في حق احدهما ووضيعة في حق الاخر وقد نصا على بيع المرابحة في نصيبهما فلا بد من اعتبار الثمن الاول كذلك
خلاف المساومة الكل من المبسوط
فصل
لما ذكر اشتراط المساومة في راس مال الشركة المفاوضة
احتاج الي بيان اي مال يصح به فقال لا تنعقد الشركة اي شركة المفاوضة الا بالدراهم والدنانير والفلوس
النافقة يعني لا تنعقد المفاوضة اذا ذكر فيها المال الا بذلك وانما قلنا هذا لانه ذكر في المبسوط ان المفاوضة
والعنان يكون كل منهما في شركة الوجوه والتقبل فصح قولنا المفاوضة تنعقد في الوجوه والتقبل الا بالمال فصدق
بعض المفاوضة تنعقد بلا دراهم ودنانير وفلوس وهو يناقض قوله لا تنعقد المفاوضة الا بالدراهم
الي اخره لان الايجاب الجزئي يناقض السلب الكلي والتقييد بما ذكر يخرج الدين والعروض وهو قول احمد
والشافعي في وجه وفي وجه يجوز بالعروض المثلي وقال مالك يجوز بالعروض اذا اتحد جنسهما وقال الاوزاعي
وحماد بن ابي سليمان يجوز الشركة والمضاربة بالعروض ولو وقع تفاضل في بيعها يرجع كل بقيمة عرضه عند العقد
وكما لا يجوز عندنا بالعرض لا يجوز ان يكون راس مال احدهما عرضا والاخر دراهم او دنانير ولم يشترط حضور
المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشرا وتقدم انه لو دفع الي رجل الفا وقال اخرج مثلها
واشتر بها وبع فما ربحت فهو بيننا ففعل صح الا انه لا بد ان يقيم البينة انه فعل ما يلزم الاخراج الرسد
لو ثبت وضيعه وقيد بالدراهم والدنانير لاخراج الحلي والتبر فلا يصلحان راس مال الشركة الا فيما ذكر
واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري والحاكم ابو الفضل في الكافي فيها خلافا بل اقتصر على ان قال ولا
يجوز الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس وخص الكرخي الجواز بالفلوس على قولهما وبعضهم جعل الظاهر
الجواز وعدم الجواز رواية عن ابي حنيفة وابي يوسف وقال لو كان راس مال احدهما فلوسا لم يجز الشركة
عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها انما صارت ثمنا باصطلاح الناس وليس ثمنا في الاصل وهم لم يتبعا ملوا ان
يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقال المصنف كالمتاخر يعني المتاخر
هذا قول محمد واستدل عليه بمسئلتين احدهما ان الفلوس لا يتعين بالتعيين ولا يجوز بيع فلس بفلسين لو
كانا بعينهما عند محمد خلافا لهما وسياتي الوجه والتقييد باعيانهما احترازا عما لو باع فلسا بفلسين
دينا فانه لا يجوز اتفاقا لان حرمة النساء تثبت باتحاد الجنس ووجه قول مالك ان الجنس اذا كان متحدا
فقد عقدت على راس مال معلوم فكانت كالنقود بخلاف المضاربة حيث لا يجوز الا بالنقود لانها شرعت
على خلاف القياس لما فيها من ربح ما لم يضمن فان المال غير مضمون على المضارب ويستحق ربحه فيقتصر على مورد
الشرع ولنا ان راس مال الشركة في العروض والمكيل والموزون يودي الي ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل منهما
عرضه واتفق تفاضل الثمنين فما يستحقه احدهما من الزيادة على حصة راس ماله الذي هو ثمن عرضه ربح

مالم يملكه ولم يضمنه بخلاف النقود فان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه في الشراء بماله وما يشتريه كل
منهما لا يتعلق براس المال لعدم التعين فيكون واجبا في ذمته فربح ربح ما ضمنه فان قيل هذا
لا يلزم لانه يشترط خلط العرضين لاتحاد جنسهما مكيلين او موزونين وغيرهما متحدي القيمة كثياب
الكرباس من بابة واحدة قلنا الخلط لا يوجب الاشتراك في كل ثوب وحبة مثلا فاذا باعا جملة في وقت طلوع
السعر من ذلك لم يعلم ان عدد ما بيع من الاجزاء وقيمة المشتري متساويان بل الظاهر انهما متفاوتان
فيلزم اختصاص احدهما بزيادة ربح لزيادة ملكه والتخلص عنه ليس الا بضبط قدر ملكه وهو مجهول
فتؤدي الى تعذر الوصول الى قدر حقه وربح الاخر ما لم يضمن ولان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن
ولا يفيدان العلم بالقيمة فيؤدي الى المنازعة فيه وهذا انما يلزم لو اعتبر راس المال قيمة العروض
اما اذا كان هو نفس العروض من جنس واحد متحدة القيمة وقت العقد وقد خلطاه فيه فلا نتنازع نعم
اللازم ربح ما لم يضمن ولعدم ما يدفعه ولان اول التصرف في العروض البيع وفي النقود الشراء وبيع
الانسان ماله على ان يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراؤه شيئا بماله على ان يكون الاخر شريكا فيه يجوز
وعلمت ان الخلط لا ينفي ذلك وجه قول محمد ان الفلوس اذا كانت نافقة تروج رواج الاثمان فالتحقت
بها ولابي حنيفة وابي يوسف ان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة فانها باصطلاح الناس لا بالخلقة ففي كل
ساعة ينتفي بالخلقة ويصير ثمنها بالاصطلاح القائم ولا يخفى ان هذا انما هو في الملاحظة اما في الخارج
فهي ثمن مستمر ما استمر الاصطلاح عليها ولذا قال الاسبيجابي والصحيح ان عقد الشركة على الفلوس يجوز على
قول الكل لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس ولهذا لو اشترى شيئا بفلوس بعينها لم تتعين تلك الفلوس حتى
لا يفسد العقد بهلاكها قال المصنف ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد والاول اقيس واظهر لان قوله
مع ابي حنيفة مستقر في بيع فلس بفلسين وعن ابي حنيفة جواز المضاربة بها على ما ذكر من مبسوط الاسبيجابي
يجب ان يكون قول الكل الان على جواز الشركة والمضاربة بالفلوس النافقة وعدم التعيين وعلى منع بيع
فلس بفلسين كما ذكر فيما يليه حيث قال ولا يجوز الشركة بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بها كالتبر وهو
غير المصوغ والنقرة وهي القطعة المذابة منهما ونقل المصنف اختلاف الرواية في ذلك رواية الجامع
لا يكون المفاوضة بمثاقيل ذهب او فضة ومراده التبر فعلى هذه التبر سلعة تتعين بالتعيين فلا
يصلح راس مال الشركات والمضاربات وذكر في كتاب الصرف ان النقرة لا تتعين بالتعيين حتى لا ينفسخ العقد
بهلاكها قبل التسليم فعلى هذه انصلح راس مال فيهما وهذا لما عرف انهما خلقا ثمنين ثم قال الا
ان الاول يعني اصح يعني دراية لانهما انما خلقا للتجارة لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص فيخرج ضربها
خليا فانها تتعين بالبيع وينفسخ العقد بهلاكها قبل التسليم ولم يجر التعامل بها ثم قال الا ان يجري
التعامل بها اي بالتبر والنقرة استثناء من قوله اصح وهو كونها لا تصح الشركة بها فكان الثابت انهم
اذا تعاملوا انقطع الذهب والفضة صلحت راس مال في الشركة والمضاربة ثم قال المصنف قوله
اي القدوري لا يجوز بما سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والمعدود المتقارب ولا خلاف فيه
بيننا قبل الخلط لانها عروض محضة لكل منهما متاعه تخصه ربحه ووضيعته لا تعارض لنا العقد والوضيعة
خسارة التاجر يقال منه مبنيا للمفعول وضع التاجر ووكس في سلعته يوضع وضيعة اي خسر وقال
قوم من العرب وضع يوضع كوجل يوجل وعند محمد رحمه الله تصح شركة عقد اذا كان المخلوط جنسا واحدا

وثمرة الخلاف

وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط التفاضل في الربح فعند ابي يوسف لا تصح وعند محمد يلزم وقول ابي يوسف
هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يتعين بالتعيين فكان عرضا محضا فلا يصح راس مال لها وما لا يصح راس مال
الشركة لا يختلف فيه الحال بين الخلط وعدمه كان ما يصح من النقود لا يختلف في الخلط وعدمه وهذا لان المانع
قبل الخلط هو كونه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو بعينه موجود بعد الخلط بل يزداد تقررا لان المخلوط لا
يكون الا متعينا فيتقرر المعنى المفسد فكيف يكون مصححا للعقد **قوله** ولمحمد رحمه الله انها اي المكيل والموزون
والعددي المتقارب عروض من وجه حتى تتعين بالتعيين ثمن من وجه حتى يصح الشراء بها دينا في الذمة وهو من
حكم الاثمان فعملنا بالشبهين بالاضافة الى الحالين وهما الخلط وعدمه تشبه العرض قبل الخلط فلا تجوز الشركة
بها قبله وتشبه الثمن بعد الخلط فتجوز الشركة بها بعده وهذا لان بالخلط تثبت شركة الملك فيتأكد بها شركة
العقد بخلاف العرض المحض فانها ليست ثمنا بحال وظاهر الرواية هو الاظهر وجها لان الكيل والموزون قبل
الخلط ليس شيئا سببا غير العرض لا شبه بها بل هو عرض محض وازداد في العرضية في الجملة وكون الشيء متأصلا
في حقيقة وله شبه باخرى لا يقال له شبهان وغايته ان الثبوت في الذمة عرض عام لحقيقتين مختلفين في الملة
وهو ربح ما لم يضمن لا يختل بالخلط والا لزم قول مالك وقد بيناه ولو كان المخلوط لها جنسين كالحنطة
والشعير والزيت والسمن فعنده لا تجوز الشركة بالاتفاق والفرق لمحمد بين صحة العقد بعد الخلط في
متفقي الجنس حيث يجوز والمختلفين حيث لا يجوز ان ما من جنس واحد من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه بمثله فيمكن
تحصيل راس مال كل منهما وقت القسمة باعتبار المثل والمخلوط من جنسين من ذوات القيم حتى يلزم متلفه قيمته
فتتمكن الجهالة لانه لا يمكن ان يصل كل منهما الى عين حقه من راس المال وقت القسمة كما في العروض **قوله**
لحكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء قيل اراد قضاء الجامع الصغير ولم يستوف في هذا الكتاب ويمكن
انا ويله انه بينه في غيره الا انه خلاف المعتاد من المصنفين في اطلاق هذه العبارة والحاصل ان الخالط
تعد بالضم نصيب المخلوط ماله اذا خلطه بجنسه ولا يتميز كشيرج ولا يتميز رجل خلطه بزيت غيره
او يتميز بعسر كحنطة خلطها بشعير لانه انقطع حق مالكها فان هذا الخلط استهلاك بخلاف ما يتيسر معه
كخلط السود بالبيض من الدراهم ليس موجبا للضمان لانه يتمكن المالك من الوصول الى عين ملكه وحيث وجب
الضمان يجب على الخالط سواء كان اجنبيا عن المخلوط ماله كغير المودع وغيره من في عياله كبيرا كان او صغيرا
او كان في عياله فان لم يظفر بالخالط فقال احد المالكين انا اخذ المخلوط واعطي صاحبي مثل ما كان له ورضي
صاحبه جاز لان الحق لهما فاذا رضيا بذلك صح وان ابى يباع المخلوط ويقسم الثمن بينهما على قيمة الحنطة والشعير
على ما ذكر وهو ان يضرب صاحب الثمن بقيمتها مخلوطة بالحنطة في الشعير وصاحب الشعير بقيمته غير مخلوط
بالحنطة لان الحنطة تنقص باختلاطها بالشعير وقد دخلت في البيع بهذه الصفة فلا يضرب بقيمتها الا
بالصفة التي بيعت بها والشعير يزداد قيمة بالاختلاط لكن هذه الزيادة من مال صاحب الحنطة فلا يستحق
ان يضرب بها مخلوطا فلهذا يضرب بقيمة الشعير غير مخلوط قيل هذا الجواب انما يستقيم على قول ابي يوسف
ومحمد ورواية الحسن عن ابي حنيفة ان ملك المالك لا ينقطع عن المخلوط بل له الخيار بين الشركة في المخلوط
وبين تضمين الخالط فاما على ما هو ظاهر مذهبه المخلوط ملك للخالط وحقهما في ذمته فلا يباع ماله
في دينهما لما فيه من الحجر عليه وابو حنيفة لا يرى ذلك والاصح انه قولهم جميعا لان ملكهما وان انقطع عن المخلوط
فالحق فيه باق ما لم يصل كل منهما الى بدل ملكه ولهذا لا يباح للخالط الانتفاع بالمخلوط اما صلحا بالتراضي

او بيعًا وقسمة الثمن وان اتفقا على الخلط وارتضيا به وهو جنس واحد مكيل او موزون نصار عينًا مشتركة فاذا
باعاه انقسم على قدر ملك كل منهما ولو كان المخلوط غير مثلي كالثياب فباعهما بثمن واحد اقتسماه على قيمة متاع كل
منهما يوم باعه لان كلا منهما بايع لملكه والثمن بمقابلة جميع ما دخل في العقد من العرض فيقسم عليهما باعتبار القيمة
وان كانا جنسين مثليين فالثمن بينهما اذا باعا على قدر قيمة متاع كل منهما يوم خلطاه مخلوطًا لان الثمن بدل
المبيع فيقسم على قيمة ملك كل منهما وملك كل منهما كان معلومًا بالقيمة وقت الخلط فتعتبر تلك القيمة
لكن مخلوطًا ان لم تزد بالخلط قيمة احدهما لانه دخل في البيع بهذه الصفة فان كان احدهما يزيد بالخلط
خيرًا فانه يضرب بقيمته يوم يقتسمون غير مخلوط مثلا قيمة الشعير تزداد اذا خلط بالحنطة وقيمة الحنطة
تنقص فصاحب الشعير يضرب بقيمته غير مخلوط لان تلك الزيادة ظهرت في ملكه من مال صاحبه فلا يستحق
الضرب به معه وصاحب الحنطة يضرب بقيمتها مخلوطة بالشعير لان النقصان حصل بفعل هو راض به
وهو الخلط وقيمة ملكه عند ذلك ناقصة فلا يضرب الا بذلك القدر • وقد طعن عيسى رحمه الله في الفصلين
جميعًا فقال قوله في الفصل الاول انه يعتبر قيمته يوم خلطاه وفي الفصل الثاني يوم يقتسمون غلط بل
الصحيح يقسم الثمن على قيمة كل منهما يوم البيع لان استحقاق الثمن به وصار كما لو لم يخلطاه وباعا الكل جملة فان قسمة
الثمن على القيمة يكون وقت البيع الا ان يكون قيمته يوم البيع ويوم الخلط والقسمة سواء ورده شمس الائمة
بان معرفة قيمة الشيء بالرجوع الى قيمة مثله في الاسواق وليس للمخلوط مثل يباع فيها حتى يمكن اعتبار قيمة
ملك كل منهما وقت البيع فاذا انعذر هذا وجب المصير الى التقويم في وقت يمكن معرفة قيمة كل منهما كما في
جارية مشتركة بين اثنين اعتق احدهما ما في بطنها فهو ضامن لقيمة نصيب شريكه وقت الولادة لتعذر معرفتها
وقت العتق فيصار الى تقويمه في اول الاوقات التي يمكن معرفة القيمة فيها وهو ما بعد الولادة فكذا هنا
يصار الى معرفة قيمة كل في اول اوقات الامكان وهو عند الخلط الا انه اذا علم ان الخلط يزيد في مال احدهما
وينقص من مال الآخر فقد تعذر قسمة الثمن على قيمة ملكيهما وقت الخلط لتيقننا بزيادة ملك احدهما
ونقصان الآخر فاعتبرت القيمة وقت القسمة باعتبار ان عند الخلط ملك كل منهما مرد وان لامثاله
فيجعل حق كل منهما يوم الخلط كالباقي في المثلي الى وقت القسمة فيقسم الثمن على ما هو حق كل منهما غلا في ما اذا لم
يخلطا لان تقوم ملك كل منهما وقت البيع هناك ممكن فاعتبرنا في قسمة الثمن قيمة كل منهما وقت البيع قوله
واذا اراد الشركة في العروض باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر فيصير شركة ملك ثم عقد الشركة
مفاوضة او عنانا قيل هذا على قياس قول محمد في المكيل والموزون وعلى قياس قول ابي يوسف لا تجوز الا
ان يكون مضافة الى حال بيعهما العروض بالدراهم فانه تجوز لانه حينئذ مضاف الى المستقبل وعقد الشركة
يحتمل الاضافة لانه عقد توكيل فانما ثبت العقد بالدراهم والحق ان جوازه هنا لا يختص بقول واحد منهما
وقد تواردت كلمة اهل المذهب عليه وهذا لان المانع من كون راس مال الشركة عروضا كل من امرين لزوم
ربح ما لم يضمن وجهالة راس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف فيكون كلما ربحا لاخر ربح ما هو مضمون
عليه ولا تحصيل جهالة في راس مال كل منهما لانه لا يحتاج الى تعرف راس مال كل منهما عند القسمة حتى يكون
ذلك بالحزر فتقع الجهالة لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل من الثمن بينهما نصفين
وعلى هذا فقول المصنف وهذه شركة ملك مشكل ومن المشايخ من جزم بانه قصد الى الخلاف حقيقة اختيارا منه
لعدم الجواز وان لم يضعه على طريقة الخلاف كما قال القدوري اول الكتاب ويستحب للمتوضي ان ينوي الطهارة

فقال المصنف والنية في الوضوء سنة ولم يضع الخلاف وضعه المعروف وكذا اختار شمس الائمة السرخسي عدم
جواز الشركة لبقاء جهالة راس المال والربح عند القسمة ولا يخفى ضعف هذا وفسادها بالعروض ليس لذات
العروض بل للازم الباطل وعلمت انه منتف قوله واما شركة العنان فتنعقد على الوكالة دون الكفالة وهي
ان يشترك اثنان في نوع من التجارات بز وطعام او يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة لانها خاصة
بالمفاوضة وعلى هذا فلو ذكراها وكانت باقي شروطها متوفرة انعقدت مفاوضة لما تقدم من عدم اشتراط لفظ
المفاوضة في انعقادها بعد ذكر جميع مقتضياتها وان لم تكن متوفرة ينبغي ان تنعقد عنانا ثم هل تبطل
الكفالة يمكن ان يقال تبطل لان العنان معتبر فيها عدم الكفالة ويمكن ان يقال لا تبطل لان المعتبر فيها عدم
اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها فتصح عنانا ثم كفالة كل للآخر زيادة على نفس الشركة كما انها تكون عنانا
مع العموم باعتبار ان الثابت فيها عدم اعتبار العموم لا اعتبار عدم العموم الا ان الاول قد يرجح بان
هذه الكفالة لمجهول فلا تصح الا ضمنًا فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة لم يكن ثبوتها الا قصدًا فلا تصح
بخلاف ما لو عقد المفاوضة بغير لفظ المفاوضة بان ذكرا كل مقتضياتها فان منها الكفالة وتصح
لان هذا التفصيل بمنزلة الاسم المركب المرادف للمفرد الداخل في مفهومه الكفالة بخلاف العنان
ليس المفرد معتبرا في مفهومه الكفالة قوله من عن لي كذا اي عرض قال امرؤ القيس •

• فعن لنا سرب كان نعاجه • عذارى دوار في ملاء مذيل •

اي عرض لنا سرب اي قطيع يريد من بقر الوحش كان نعاجه عذارى اي ابكار دوار وهو اسم صنم كانت
العرب تنصبه وتدور حوله وهو بضم الدال وفتحها وقوله في ملاء تشبيه لنعاج البقر في استرخاء جلدها
لسمنها بالعذارى والملاء المذيل اي الطويل الذيل وهذا الاشتقاق لا يقتضي مساواة بل عروض عرض
تعلق بقدر من الاختلاط قليله وكثيره وعمومه وقيل ماخوذ من عنان الفرس كما ذهب اليه الكسائي
والاصمعي بانه جعل كل منهما عنان التصرف في بعض ماله لرفيقه وبعضه لنفسه او يجوز تفاوتهما في المال
والربح كما يتفاوت العنان في كف الفارس طولا وقصرا في حالتي الارخاء وضده الا انه اشتقاق غير صحيح
الا فيما سمع ولا بد منه كما في استحجر الطين وامثاله قوله ويصح ان يتساويا في راس المال ويتفاضلا
في الربح وعكسه بان يتفاضلا في راس المال ويتساويا في الربح وهو قول احمد وقال مالك والشافعي وزفر لا يجوز
وقوله ويتفاضلا الى آخره ليس على اطلاقه بل ذلك فيما اذا شرطا العمل عليهما سواء عملا او احدهما او شرطاه
على من شرط له زيادة الربح وان شرطاه العمل على اقلهما ربحا لا يجوز وجه قول الثلاثة ان ذلك يؤدي الى ربح ما لم
يضمن لان استحقاق احدهما تلك الزيادة بلا ضمان لان الضمان بقدر راس المال وصار كالوضيعة فانها لا
تكون الا بقدر راس المال اعتبارا للربح بالخسران • ولنا ما ذكر المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على
ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف في كتب الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى علي رضي الله عنه
ولان الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل كما في المضاربة وقد يكون احدهما احذق واكثر عملا واقوى
فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة الى التفاضل ورأينا هذا العقد اي شركة العنان تشبه المضاربة من
انه يعمل في مال الغير وهو الشريك ويسترزيح به وتشبه شركة المفاوضة اسما وعملا فانهما يعملان فعلنا
بشبه المضاربة في اشتراط الزيادة لاحدهما وهو الذي شرط عمله منفردا او مع الآخر وان كان ربحا بلا ضمان
وبشبه المفاوضة حتى اجزنا شرط العمل عليهما وكون المضاربة تفسد باشتراط العمل على رب المال لا يبطل اعتبا

شبهها الاجزا الذي باعتباره اجزنا الزيادة في الربح لاحدهما بخلاف ما لو شرط كل الربح لاحدهما فانه لا
يجوز لان العقد حينئذ يخرج عن الشركة والمضاربة ايضا الي قرض ان شرط للعامل كانه اقرضه ماله فاستحق
جميع ربحه والي بضاعة ان شرط لرب المال لانه يرد ما تقدم من ان المضاربة علي خلاف القياس فلا يقاس
عليها فلا يعتبر شبهها الا ان يمنع ويقال بل الربح يستحق في الشرع تارة بالعمل وتارة بالمال والمشروط له
الزيادة مشروط عمله وان شرط عمل الاخر لكن قد يكون ذلك احذق واقوي الي اخره **قوله** اذ اللفظ اي لفظ
العنان لا يقتضي المساواة ولا ينبئ عنه ليعتبر في مفهومه فلذا جاز ان يعقدها كل ببعض ماله ويجوز
اذا كان من جهة احدهما دنانير والاخر دراهم ويجوز بدراهم سود من جهة احدهما وبيض من جهة الاخر
وان تفاوتت قيمتهما والربح علي ما شرطا فيها تساويا او تفاوتا علي قدر قيمة دراهمهما بشرطه الذي
بيناه **قوله** واذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة وكذا لو هلك احد المالين قبل الخلط وقبل
الشرا يهلك من مال صاحبه وحده سواء هلك في يد مالكه او يد شريكه لانه امانة في يده بخلاف ما بعد
الخلط حيث يهلك عليهما لعدم التمييز وتبطل الشركة اما الاول فلان مال كل واحد قبل الشرا وقبل
الخلط باق علي ملكه واما بطلان الشركة فلان المعقود عليه عقد الشركة هو المال المعين لانه يتعين بالتعيين
في الشركة والهبة والوصية وهلاك المعقود عليه يبطل العقد كما في البيع بخلاف المضاربة والوكالة المفردة
لا تتعين المال فيهما بالتعيين وانما يتعينان بالقبض حتي لو اشتري الوكيل بمثل ذلك المال في ذمته كان
مشتريا للموكل حتي لو هلك المال بعد الشرا يرجع عليه بمثله اما لو هلك قبل الشرا فانما يبطل العقد لان
الموكل لم يرض بكون الثمن دينا في ذمته فلا تبطل المضاربة والوكالة المفردة بهلاك المال واحترز بالمفردة
عن الوكالة الثابتة في ضمن الشركة فانها تبطل ببطلان الشركة وهذا ظاهر فيما اذا هلك المالان
وكذا اذا هلك احدهما لانه اي الشريك الذي لم يهلك ماله لم يرض بشركة صاحبه في ماله الا ليشركه
هو ايضا في ماله بتقدير بقائه فاذا فات ذلك ظهر وقوع ما لم يكن راضيا به عند عقد الشركة فيبطل
العقد لعدم فائدته وهي الاشتراك فيما يحصل **قوله** فان اشتري احدهما بماله ثم هلك مال الاخر
فالمشتري بينهما علي ما شرطا لان الملك حين وقع وقع مشتركا بينهما لقيام الشركة وقت الشراء لان الهلاك
لم يقع قبله ليبطل فيختص المشتري بما اشتراه فلا يتغير الحكم اي حكم الشركة بهلاك مال الاخر بعد ذلك
ثم الشركة الواقعة في هذا المشتري بعد هلاك مال الاخر شركة عقد عند محمد خلافا للحسن بن زياد
رحمهما الله فانها شركة ملك عنده حتي لا ينفذ بيع احدهما الا في نصيبه وجه قوله ان شركة العقد
بطلت بهلاك المال فصار كما لو هلك قبل الشرا بمال الاخر ولم يبق الا حكم ذلك الشرا وهو الملك
فيلزم انفراد الملك لعدم ما يوجب زيادة عليه ولمحمد رحمه الله وعليه اقتصر المصنف ان هلاك
مال احدهما اذا وقع بعد حصول المقصود بمال الاخر وهو الشرا بها فلا يكون الهلاك مبطلا لشركة العقد
بينهما بعد تمامها كالوكالة بعد الشرا بالمالين واذا وقع المشتري علي الشركة يرجع علي شريكه بحصته من الثمن لانه
اشتري نصفه له بوكالته ونقد الثمن من مال نفسه وقد بيناه قريبا هذا اذا اشتري احدهما باحد
المالين اولا ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك احدهما ثم اشتري الاخر يعني الذي في يده المال بالمال
الاخر ان صرحا بالوكالة في عقد الشركة بان قالا عند عقد الشركة علي ان ما اشتراه كل منهما بماله هذا يكون
مشتركا بيننا كما اصوب في المبسوط فالمشتري مشترك بينهما علي ما شرطا لان الشركة ان بطلت فالوكالة المصرح

انها قائمة فتكون شركة ملك وهذا جمع في المبسوط بين التناقض الواقع في جواب المسالة حيث قال محمد رحمه الله
في بعض المواضع فاشتري بالمال الباقي بعد ذلك يكون لصاحبه وفي بعضها اذا اشتري الاخر بماله بعد ذلك
يكون بينهما فجعل محل الاول اذا لم يكن في الشركة وكالة مصرح بها ومحل الثاني اذا صرحا به علي ما ذكرنا وقوله لما
بيناه يريد قوله لانه وكيل من جهته الي اخره **قوله** ويجوز اي الشركة وان لم يخلطا المال وبه قال احمد
ومالك رحمهما الله الا ان مالكا شرط ان يكون تحت ايديهما بان يكون في حانوت او في يد وكيلهما وقال زفر
والشافعي رحمهما الله لا يجوز لان الربح فرع المال ولا يكون الفرع محل الشركة الا والاصل علي الشركة وانما اي
في الشركة في الاصل علي معني الاشتراك بالخلط لما سلف من ان معناها الاختلاط او الخلط علي ما حققناه
فلا تتحقق شركة بلا خلط وقد اتفقنا علي ان المعتبر في كل عقد شرعي ما هو مقتضي اسمه قال المصنف
وهذا اي كون الربح فرع المال اصل كبير لهما حتي تفرع عليه اعتبار اتحاد الجنس فلا يجوز الشركة اذا كان لاحدهما
دراهم وللاخر دنانير ولا اذا كان لاحدهما دراهم بيض وللاخر دراهم سود لعدم تحقق الخلط
والاختلاط بحيث لا يتميز مال احدهما عن الاخر ولا يجوز التفاضل في الربح مع التساوي في المال
الشركة في الاصل والفرع ولا شركة التقبل والاعمال لعدم المال **قوله** ولنا ان الشركة في الربح
مستندة الي العقد دون المال الحاصل تقرير الشارحين ان الربح يضاف الي التصرف في المال وهو العلة
والي العقد الذي هو علة التصرف والحكم كما يضاف الي العلة يضاف الي علة العلة وانت تعلم ان
الاضافة الي علة العلة بطريق المجاز فان الحكم بالذات انما يضاف الي علته لما عرف ان لا اثر للعلة البعيدة
في الحكم وحقيقة الاضافة اولي بالاعتبار من مجازها في حكم يبتني علي الاضافة وانما وجه التقدير
المراد ان الربح المستحق شرعا لكل من الشريكين في مال الاخر ليس مضافا الا الي العقد الشرعي الذي به حل
تصرفه في مال غيره لا الي نفس المال ولا التصرف فيه لان اضافة الربح الي التصرف في المال معناها انه اكتسب
عن التصرف فيه وليس هذا بمفيد لنا اذ هو معلوم وانما حاجتنا الي ثبوت حل الربح لكل منهما ولا
شك ان حله انما يضاف الي العقد الشرعي لا التصرف فان نفس التصرف في المال وان كان ماذونا فيه
شرعا لا يوجب حل الربح للمتصرف كما في المبضع والوكيل بالبيع فلم يحل الا بعقد الشركة متحققا فيه معني
اسمه فيه لان هذا العقد الشرعي يسمي شركة فتحقق معناه بما يفيده شرعا وهو الشركة في الربح و
معا لا ان احدهما عن الاخر ليكون علة العلة بل التصرف علة في وجود الربح والعقد علة حله والكلام
ليس الا فيه واذا كان كذلك لم يتوقف الاسم علي خلط المال لان المال محل العقد شرط لتحققها خارج عنه
ثم قال المصنف ولان الدراهم والدنانير لا يتعينان يعني عند الشراء بهما ما فيه الربح حتي جاز ان
يدفع غيرهما فلم يكن الربح مستفادا بعين راس المال حتي يلزم فيه الخلط بل بالتصرف واذا ظهر تحقق الشركة
بلا خلط تحققت في المستفاد بدونه اي بدون الخلط وصار كالمضاربة تتحقق الشركة في الربح بلا خلط فان
قيل فعلي هذا ينبغي ان لا تبطل بهلاك المال قبل الشراء بوجود المال وقت العقد لانه انعقد في المحل
قلنا انما بطلت لمعارض اخر وهو ان هلاك المحل قبل حصول المقصود بالعقد منه يبطله كالبيع يبطل
بهلاك المبيع قبل القبض والمقصود من عقد الشركة الاسترباح وهو بالشراء والا فاذا هلك المال قبل
الشرا كان كهلاك المبيع قبل القبض واذا كان الاصل هو العقد لا المال لم يشترط اتحاد الجنس ولا التساوي
في راس المال ولا في الربح وصح شركة التقبل **قوله** ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح

قال ابن المنذر ولا خلاف في هذا لاحد من اهل العلم ووجهه ما ذكر المصنف بقوله لانه شرط يوجب
انقطاع الشركة فعساه لا يخرج الا بقدر المسمى فيكون اشتراط جميع الربح لاحدهما على ذلك التقدير
واشتراطه لاحدهما يخرج العقد عن الشركة الى قرض او بضاعة على ما تقدم وقوله ونظيره في المزارعة
يعني اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة بطلت لانه عسى ان لا تخرج الارض غيرها **قوله** ولكل واحد
من المفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال لانه معتاد في عقد الشركة من المتشاركين ولان له ان يستأجر
على عمل التجارة والتحصيل للربح بغير عوض دونه وانه اقل ضررا فاذا ملك ما هو اكثر ضررا ملك ما
هو اقل وظهر ان لفظ التحصيل مرفوع على الابتدا وخبره الظرف **قوله** وكذا له ان يودعه لانه معتاد
ولا يجد التاجر بدا منه في بعض الاوقات والمضايق وقوله ويدفعه مضاربة لانها دون الشركة لان
الوضيعة في الشركة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فيتضمن الشركة المضاربة وعن ابي حنيفة برواية الحسن
انه ليس له ذلك لانه نوع شركة في الربح والاصح هو الاول وهو رواية الاصل لان الشركة في الربح غير
مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح فصار كما اذا استأجره باجرة ليعمل له بعض اعمال التجارة بل اولى
لانه تحصيل بدون ضمان في ذمة الشريك بخلاف الشركة فان احد الشريكين لا يملك ان يشارك غيره في مال
الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله واورد عليه المكاتب يكاتب عبده والماذون ياذن لعبده واقتدا
المفترض والمتنفل بمثلهما والناسخ مثل المنسوخ **واجيب** ان ملكهما ذلك ليس بطريق الاستتباع بل
باطلاق التصرف مطلقا وكذا الاقتدا ليس صلاة الامام مستتبعة لصلوتهما بل تلك مبنية عليها وحقيقة
الناسخ مبين لا غير على انه ليس وزان ما نحن فيه بتامل يسير ولكل واحد ان يشتري بالنسيئة وان كان من مال
الشركة في يده استحسانا وليس لاحد شريكي العنان الرهن اي رهن عين من مال الشركة بدين من التجارة عليه
والارتهان بدين له بخلاف المفاوض له ان يرهن ويرتهن على شريكه فان رهن في العنان متاعا من الشركة
بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته
والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان
شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء وكذا اذا باع احدهما
فليس للاخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه فان دفعه اليه برئ من حصة القابض ولم يبرأ من حصة
الاخر وليس لواحد منهما ان يخاصم فيما اذانه الاخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه ولا ان يؤخر
دينا فان اخره لم يمض على الاخر وكذا لا يمضي اقرار احدهما بدين في تجارتهما على الاخر فان اقر وانكر الاخر
لزم المقر جميع الدين ان كان هو الذي وليه لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وكيلا كان او مباشرا وان
اقرا بما ولياه وانكر الاخر لزمه نصفه ولو اشترى احدهما شيئا فوجد به عيبا لم يكن للاخر ان يرده لان ذلك
من حقوق العقد ولو اخذ احدهما مالا مضاربة اختص بربحه لان مال المضاربة ليس من مال الشركة
وعلى هذا لو شهد احدهما لصاحبه بما ليس من شركتهما فهو جائز بخلاف المفاوض في جميع ذلك ويمضي اقراره
عليه ويشارك شركة عنان ويمضي على الاخر بخلاف شريك العنان ويجوز قبض كل من المفاوضين ما اذانه
الاخر او ادانا او وجب لهما على رجل من غصب او كفالة او غير ذلك او يرد بعيب ما اشتراه الاخر وكل منهما
خصم عن الاخر يطالب بما على صاحبه وتقام عليه البينة ويستحلف على العلم فيما هو في ضمان التجارة وتقدم
شيء من هذا اول الباب ولكل من شريكي العنان ان يوكل من يتصرف فيه لان التوكيل بالبيع والشرا من اعمال

التجارات والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل صريحا بالشرا ليس له ان يوكل به لانه عقد خاص طلب به
شرا شيء بعينه فلا يستتبع مثله وكل ما كان لاحدهما ان يعمله اذا نهاه شريكه عنه لم يكن له عمله فان عمله ضمن
نصيب شريكه ولهذا لو قال احدهما اخرج دمياط ولا تجاوزها فجاوز فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه
نقل حصته بغير اذنه وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعدما كان اذن له فيه **قوله** ويده اي يد الشريك
مطلقا في المال يد امانة لانه قبض المال لا على وجه البدل والوثيقة فيكون امانة بخلاف المقبوض على
سوم الشرا فانه قبضه على وجه اعطا البدل فيكون مضمونا بخلاف الرهن فانه مقبوض للتوثق بدينه
فيضمن بذلك الدين واذا كان مقبوضا على الوجه الذي ذكرنا صار كالوديعة فكان امانة واعلم ان جميع الامانات
اذا مات تنقلب مضمونة بالموت مع التجهيل الا في مسايل احديها اذا مات احد المتفاوضين ولم يبين حال
الذي كان في يده فانه لا يضمن لشريكه نصيبه والاخرى في السير اذا اودع الامام بعض الغنايم في دار الحرب
وقبل القسمة عند بعض الجند فمات وتذكر الثالثة في الوقف ان شاء الله تعالى **فروع** في الخلاف
المتفاوضين قد علم انه ليس لاحد المتفاوضين ان يقرض ولا يهب ولا يتصدق ولا يعير دابة من شركتهما
ولو ادعى على اخر انه شاركه مفاوضة فانكر والمال في يد الجاحد فالقول قول الجاحد مع يمينه وعلى المدعي
البينة لانه يدعي العقد واستحقاق ما بيده وهو منكر فان اقام البينة فشهدوا انه مفاوضة او زادوا
على هذا فقالوا ان المال الذي في يده من شركتهما او قالوا هو بينهما نصفان قضي للمدعي بنصفه لان الثابت
بالبينة كالثابت بالاقرار وجميع ما ذكر مقتضاه انقسام ما في يده فيقضي بذلك فلو ادعى الذي في يده المال
بعد ذلك ان هذه العين لي ميراثا مما في يدي واقام على ذلك بينة قبلت عند محمد ولم تقبل عند ابي يوسف
لان ذا اليد صار مقضيا عليه بنصف ما في يده وبينة المقضي عليه في اثبات الملك لا تقبل الا ان يدعي
تلقي الملك من قبل المقضي له كما لو كانت الشهادة مفسرة ولو ادعى ذو اليد عينا في يده انها له خاصة
وهب شريكه منه حصته واقام البينة على الهبة والقبض قبلت لانه انما ادعى تلقي الملك منه ولو ادعى
انه مفاوضة والمال في يد المدعى عليه فاقر وقضي عليه ثم ادعى عينا مما كان في يده او ميراثا او هبة
واقام بينة قبلت والفرق لابي يوسف ان ذا اليد هنا مقر بالمفاوضة مدع للميراث ولا منافاة بينهما
وقد اثبت دعواه بالبينة وفي الاولى ذو اليد جاحد مدعى عليه وقد صار مقضيا عليه بحجة صاحبه الا ترى
انه لو لم يكن اقام البينة في صورة الانكار لم يستحلف خصمه واذا مات احد المتفاوضين والمال في يد
الحي فادعى الورثة المفاوضة وجحد الحي ذلك فاقاموا البينة بذلك لم يقض لهم بشيء مما في يد الحي
لانهما شهدا بعقد علما ارتفاعه لانتقاض المفاوضة بموت احدهما ولانه لا حكم فيما شهدا به في
المال الذي في يده في الحال لان المفاوضة فيما مضى لا توجب ان يكون الذي في يده في الحال من شركتهما
الا ان يقيموا انه كان في يده في حيوة الميت او انه من شركتهما فانهم حينئذ شهدوا بان النصف للميت وورثه
خلفاؤه ولو كان المال في يد الورثة وجحدوا الشركة فاقام الحي البينة على المفاوضة واقاموا ان ابانا
مات وترك هذا ميراثا من غير ما بينهما لم تقبل منهم لانهم جاحدون فانما يقيمونها على النفي وكذا ان ثبت
المدعي الشركة فيما في ايديهم فيقضى له بنصفه وصحح شمس الايمة ان هذا قولهم جميعا ولو قالوا لو ان امانة
حدثنا وتركه ميراثا لابينا واقاموا البينة على هذا لا تقبل في قول ابي يوسف وتقبل في قول محمد كما لو كان
المفاوض حيا واقام البينة على ذلك بعد ما شهد الشهود عليه بالمفاوضة المطلقة واذا افترق المتفاوضان

فاقام احدهما البينة ان المال كله كان في يد صاحبه وان قاضي بلدة كذا قضى بذلك عليه وسموا المال وانه قضى به
بينهما نصفين واقام الاخر مثل ذلك من ذلك القاضي بعينه او غيره فان كان من قاض واحد وعلم تاريخ القضا
اخذ بالاخر وهو رجوع عن الاول ونقض له وان لم يعلم او كان القضا من القاضيين لزم كلا منهما القضا الذي
انفذه عليه لان كلامهما صحيح ظاهرا فيحاسب كل صاحبه بما عليه ويترادان الفضل **قوله** واما شركة الصنائع
وتسمى شركة التقبل وشركة الابدان وشركة الاعمال فنحو الخياطين والصباغين يشتركان في ان يتقبلا الاعمال او نحو
الصباغ والخياط يفعلان ويكون الكسب بينهما فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز لانها شركة لا تفيد مقصودها
اي المقصود منها وفي بعض النسخ مقصودهما بالتثنية اي الشريكين وهو التثمير اي الربح لانه لابد في الربح من راس
المال لا ينبني عليه على ما قررناه في الخلاف في عدم اشتراط الخلط ولنا ان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح
على الاشتراك وهو لا يقتصر على المال بل جاز بالعمل ايضا كما مر فجاز بالتوكيل بان يوكل الاخر بقبول العمل عليه كما يقبله
لنفسه فيكون كل اصيلا في نصف العمل المتقبل ووكيلا في نصفه الاخر فتتحقق الشركة في المال المستفاد من ذلك العمل
فان عملا استحق كل فائدة عمله وهو كسبه وان عمل احدهما فان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بتقبله عليه وهو
جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل المتقبل بنفسه او وكيله بنفسه الا ترى ان نحو الخياط يتقبل ثم يستاجر من يعمله
ويدفعه الى مالكه فتطيب له الاجرة ومن صور هذه الشركة ان يجلس اخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف
القياس ان لا يجوز لان من احدهما العمل ومن الاخر الحانوت واستحسن جوازها لان التقبل من صاحب الحانوت عمل
قوله ولا يشترط فيه اي في جواز هذه الشركة اتحاد العمل والمكان خلافا لزفر ومالك واورد عليه انه قدم
في اشتراط الخلط لزفر من ثمرته عدم جواز شركة التقبل وهو بنا في اشتراطه لصحتها اتحاد العمل والمكان اجيب
بان عن زفر في جواز شركة التقبل روايتان ذكرهما في المبسوط فتفرع رواية المنع على شرط خلط المال وذكرهنا
شرطه في نحو برهانه ثم ذكر المصنف وجه الجواز بقوله لان المعنى المجوز لشركة التقبل من كون المقصود تحصيل
الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون العمل الاعمال من اجناس او جنس فلا وجه لاشتراط شرط
بلا دليل يوجبه **قوله** ولو شرطا العمل نصفين يعني التساوي في العمل والربح اثلاثا جاز بشرط كون المشروط له
مشروطا عليه العمل وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لان الضمان ههنا انما هو بقبول العمل اذ لا مال عقدت
الشركة عليه فزيادة الربح لاحدهما ربح ما لم يضمن فلم يجز كما لم يجز شركة الوجوه مع شرط التفاضل في ربح
ما يباع مما اشتري بالوجوه واما كون التفاضل يجري فيها اذا شرطا التفاوت في ملك المشتري فان اشتركا على
ان ما اشتراه كل يكون للاخر ربعه فقط فينقسم الربح على قدر ملكهما فذلك في الحقيقة عدم التفاوت في الربح
قلنا الماخوذ من هذه الشركة ليس ربحا حقيقة لان حقيقة الربح انما تكون عند اتحاد الجنس للربح وما به
الاسترباح وهو هنا مختلف لان راس المال عمل والربح مال فانما يقال له ربح مجازا وانما هو بدل عمله
والعمل يتقدر بالتقدير اي بحسب التراضي فاقدر كل هو ما وقع عليه التراضي ان يجعل بدل عمله فلا يحرم خصوصا
اذا كان احذق في العمل وعلى هذا التوجيه خلاف بعض المشايخ فيما لو شرطت الزيادة لاكثرهما عملا وصحح الجواز
لان الربح بضمان العمل لا بحقيقة العمل ولذا لو مرض احدهما او غاب فلم يعمل وعمل الاخر كان الربح بينهما بلا خلاف
بعلم وقوله بخلاف شركة الوجوه لان جنس المال متفق فان الربح بدل ما هو مال فيتحقق التفاوت في الربح ربح ما لم
يضمن وهو لا يجوز الا في المضاربة على خلاف القياس هذا وقول المصنف لم يجز العقد وصار كشركة الوجوه
يعطي ظاهره بطلان العقد بشرط الزيادة والوجه ان تبطل الزيادة فقط ويستحق مثل الاجر فانه نص في شركة

الوجوه

الوجوه التي شبهها على ذلك في شرح الطحاوي فقال وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا
الربح خلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما **قوله** وما يتقبله كل واحد
منهما من العمل يلزمه ويلزم شريكه حتى ان لصاحب الثوب ان ياخذ الشريك بعمله وللشريك الذي لم يتقبل العمل
ان يطالب رب الثوب مثلا بالاجر ويبرا الدافع بدفع الاجرة اليه وان كان عمله الذي تقبله قال المصنف
هذا او هو ضمان كل منهما عمل ما تقبله الاخر ومطالبة كل باجر الاخر وبراة الدافع اليه الاجرة ظاهر فيما اذا
عقدا شركة الصنائع مفاوضة وفي غيرها وهو فيما اذا اطلقا الشركة او قيدها بالعنان استحسان بلا فرق
في ثبوت هذه الامور بين المفاوضة والعنان فيها والقياس خلاف ذلك لان الشركة وقعت مطلقة واذا
وقعت مطلقة انصرفت الى العنان فلم تثبت المفاوضة الا بالنص عليها او على معناها ولهذا علمت ان لا
فرق بين اطلاق الشركة والتنصيص على جعلها عنانا في المنعقد عنانا والكفالة مقتضي المفاوضة وجه
الاستحسان ان هذه الشركة اعني شركة الصنائع مقتضية للضمان في الذي ذكرنا لانها تضمنت توكل
تقبل العمل على صاحبه فكان العمل بالضرورة مضمونا على الاخر ولذا استحق من الاجرة بعض ما سمي للاخر بسبب
نفاذ تقبله عليه فجرى هذا العقد وان كان عنانا مجرى المفاوضة في ضمان العمل عن الاخر واقتضا البدل
وانما يتقبل ضرورة بخلاف ما سوى هذين الامرين هو فيها على مقتضى العنان ولذا لو اقر احدهما بدين من ثمن
الصناعة كثمن صابون او صبغ او بدين للعماله عن عملهم او اجرة بيت او دكان لمدة مضت لا يصدق على صاحبه
الا ببينة لان نفاذ الاقرار على الاخر موجب المفاوضة ولم ينصا عليها ثلاثة لم يعقد واينهم شركة تقبل
تقبلوا عملا ثم جاء احدهم فعمله كله فله ثلث الاجرة ولا شيء للاخرين لانهم لما لم يكونوا شركا كان على كل منهم
ثلث العمل لان المستحق على كل منهم تلقه بثلث الاجر فاذا عمل الكل كان متطوعا في الثلثين فلا يستحق الاجر **قوله**
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما ليشتريا بوجوههما اي بوجاهتهما وجاههما والربح بينهما
لان الجاه مقلوب الوجه لما عرف غير ان الواو انقلبت حين وضعت مع العين للموجب لذلك ولذا كان وزنه
عفل وانها تكون مفاوضة بان يكونا من اهل الكفالة والمشتري بينهما نصفين وعلى كل منهما نصف ثمنه وتساويا
في الربح ويتلفظا بلفظة المفاوضة او يذكر مقتضياتها كما سلف فتتحقق الوكالة والكفالة في الابدال اي
الاثمان والمبيعات وان فات شيء مما ذكرنا كانت عنانا لان مطلق عقد الشركة ينصرف اليه لتبادره ورواجه
تعارفه عملا ومنعها الشافعي ومالك والوجه من الجانبين تقدم في شركة الاعمال ونقول صحة العقد باعتبار
الوكالة ونوصل كل من الاخر بالشركة على ان يكون المشتري بينهما اولا اثلاثا صحيح فكذا الشركة التي تضمنت هذه الوكالة
ونقده معنى الباقي غير الفرق بين الوجوه والعنان من جهة ان في شركة الوجوه لا يصح التفاوت في الربح ويصح
في العنان مع ان الربح في كل منهما من جنس الاصل ففرق بان شركة العنان في معنى المضاربة من حيث ان كلا عامل
في مال صاحبه بخلاف شركة الوجوه فصح اعمال شبه المضاربة في العنان في اجازة تفاوت الربح بخلاف الوجوه
والحاصل ان شبه المضاربة انما جوز زيادة ربح احدهما في العنان باعتبار عمله في مال الاخر وليس في شركة
الوجوه احدهما عاملا في مال الاخر وعلى هذا فلا يجعل الاستحقاق في المضاربة على خلاف القياس ولا لم
يجز الحاق غيره به لشبهه به بل نقول الربح يستحق شرعا باحد المعاني الثلثة منها العمل وان كان فيه ربح ما لم يضمن
للاستحقاق شرعا بالعمل في الاجارة وحينئذ يسقط اعتراض بعضهم بانه لو جاز ربح ما لم يضمن في العنان
لشبهه بالمضاربة لصح الشركة بالعروض في العنان ونحن انما لم نجوزها لادائها الى ربح ما لم يضمن لا لان في جعل

جعل رأس مال الشركة عروضا وصار ربح ما لم يضمن لا في مقابلة عمل المستحق في مال الاخر لانه يلزم من اول الامر عند بيع العروض متفاوتة الثمن فان قيل لم لا يجوز باعتبار فضل العمل كما في الصنايع اجيب انما يجوز فيما يكون العمل في مال معلوم كما في العنان والمضاربة ولم يوجد هنا • والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب •

• فصل في الشركة الفاسدة •

وجه تقديم الصحيحة على الفاسدة ظاهر **قوله** ولا يجوز الشركة في الاحتطاب والاصطياد وكذا الاحتشاش والتكدي وسؤال الناس وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه او اصابه من الكنز فهو له دون صاحبه وعلى هذا الاشتراك في كل مباح كاخذ الكلا والثمار من الجبال كالجوز والتين والفستق وغيرها وكذا في نقل الطين وبيعه من ارض مباحة او الحصى او الملح او الثلج او الكحل او المعدن او الكنوز الجاهلية وكذا اذا اشتركا على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا آجرا ولو كان الطين مملوكا او سهلة الزجاج فاشتركا على ان يطبخا ويبيعا جاز وهو شركة الصنايع وكل ذلك جائز عند مالك واحمد لان هذه شركة الابدان كالصباغين ويؤيده ما روى ابو داود عن ابن مسعود قال اشتركنا انا وسعد وعمار يوم بدر فلم اجي انا وعمار بشيء وجاء سعد باسيرين فاشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم اجيب بان الغنيمة مقسومة بين الغانمين بحكم الله فيمتنع ان يشترك هؤلاء في شيء منها بخصوصهم وفعله عليه الصلاة والسلام اما تنفيل قبل القسمة او انه كان قدر ما يخصهم وعلى قول بعض الشافعية ان غنايم بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم يتصرف فيها كيف يشاء ظاهر **قوله** لان امر الموكل به اي باخذ المباح غير صحيح لعدم ملكه وولايته والوكيل يملكه اي يملك المباح بدون امر الموكل فلا يصلح الوكيل نايبا عن الموكل لان التوكيل اثبات ولاية لم تكن ثابتة للوكيل وهذا لم يوجد ههنا فاذا لم يثبت الوكالة لم تثبت الشركة واستشكل بالتوكيل بشراء عبد بغير عينه فانه يجوز مع ان الوكيل يملك شراه لنفسه قبل التوكيل وبعده وحاصل الجواب ان الوكيل لم يكن قادرا باعتبار آخر وهو شغل ذمة الموكل بالثمن لولا الوكالة فيما ثبت له ولاية ان يشغل ذمته به بعد ان لم يكن يقدر عليه وحاصل هذا ان التوكيل بما يوجب حقا على الموكل يتوقف على اثباته الولاية عليه في ذلك والكلام في التوكيل خلافه وانما الوجه ان الشرع جعل سبب ملك المباح سبق اليد اليه فاذا وكله به فاستولى عليه سبق ملكه له ملك الموكل ولو قيل عليه هذا اذا استولى عليه بقصده لنفسه فاما اذا قصد ذلك لغيره فلم لا يكون للغير يجاب بان اطلاق نحو قوله عليه الصلوة والسلام الناس شركاء في ثلث لا يفرق بين قصد وقصد **قوله** فان اخذاه جميعا يعني ثم خلطاه وباعه قسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما وان لم يكن وزنيا ولا كيليا قسم على قيمة ما كان لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما صدق كل واحد الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكان المكتسب في ايديهما فالظاهر انه بينهما نصفان والظاهر يشهد له في ذلك فيقبل قوله ولا يصدق على الزيادة على النصف الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وان اخذه احدهما ولم يعمل الاخر شيئا فهو للعامل لوجود السبب منه وان عمل احدهما واعانه الاخر بان قلعه احدهما وجمعه الاخر او قلعه احدهما وجمعه الاخر وحمله فللمعين اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك وقوله وقد عرف في موضعه يعني كتاب الشركة من المبسوط فانه ذكر فيه وجه قول كل منهما فوجه قول محمد ان المسمى مجهول لانهما لم يدريا اي نوع من الحطب يصيبان وهل يصيبان شيئا او لا والرضى بالمجهول لغو فسقط اعتبار رضاه بالنصف للجهالة وصار مستوفيا منافعه بعقد فاسد فله اجر مثله ما بلغ وابو يوسف يقول

يقول محمد فيما اذا لم يصيبا شيئا وفيما اذا اصابه انه ان كان اجر مثله اكثر فهو قد رضي بما دونه من النصف وكونه مجهولا في الحال فهو بحالة على شرف الزوال فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع والبيع بخلاف ما اذا لم يصيبا شيئا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالتفاحش حالا ومآلا فيجب حينئذ اجر المثل بالغا ما بلغ وقوله لا يجاوز به بفتح الواو وعلى البناء للمفعول وقوله نصف ثمن ذلك بالرفع لانه هو النايب عن الفاعل **قوله** **فرع** لما كانت فارسلاه فما اصاب بينهما ولو كان لاحدهما وارسلاه جميعا كان ما اصابه لمالكه واذا اشتركا ولاحدهما بغل وللاخر راوية يستقي عليها الماء وما تحصل بينهما لم تصح الشركة اعلم ان الراوية في الاصل هو الجمل الذي يحمل عليه الماء سمي به لانه يرويه ويقال رويت للقوم اذا استقيت لهم وكثر ذلك حتى قيل للمزادة وهي الجلود الثلاثة المصنوعة لنقل الماء فعلى الاول ان يكون لهذا جمل وللاخر بغل فاشتركوا على ان كلا يواجر ما لكل واحد فما رزقوا فهو بينهما وذلك باطل لان حاصل معنى هذا ان كلا قال لصاحبه بع منافع دابتك ليكون ثمنه بيننا ومنافع دابتي على ان ثمنه بيننا • ولو صرحا بهذا كانت الشركة فاسدة ثم ان اجراهما باجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم قسم الاجر على مثل اجر البغل ومثل اجر الجمل لان الشركة لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم كان الاجر مقسوما بينهما كذلك كما ينقسم الثمن على قيمة المبيعين المختلفين بخلاف ما لو اشتركا على ان يتقبلا المحمولات المعلومة باجر معلوم ولم يواجر البغل والجمل كانت صحيحة لانها شركة التقبل والاجر بينهما نصفان ولا يعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل على عمل احدهما كصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللاخر بيت يعمل فيه اشتركا على تقبل الاعمال ليعملا بتلك الآلة في ذلك البيت وان آجر البعير والبغل بعينه كان الاجر لصاحبه لانه هو العاقد فلو اعانه الاخر على التحميل والنقل كان له اجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر على قول ابي يوسف وبالغا ما بلغ على قول محمد وكذا لو دفع دابته الى رجل ليواجرها وما اطعم الله تعالى بينهما نصفان فان الاجر كله لصاحب الدابة وكذا في السفينة والبيت لما بينا ان تقديره انه قال بع منافع دابتي ليكون الاجر بيننا ثم الاجر كله لصاحب الدابة لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله لانه لم يرض ان يعمل مجانا بخلاف ما لو دفع اليه دابة ليبيع عليها طعاما للمدفوع اليه على ان الربح بينهما نصفان فان الشركة فاسدة والربح لصاحب الطعام ولصاحب الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى منافع الدابة بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها والربح للعامل لانه هو صاحب الطعام لانه كسب ماله وعلى الثاني ان يكون لهذا بغل وللاخر مزادة فاشتركا على ان يسقيا الماء بهما على البغل فالشركة فاسدة وهو ظاهر قول الشافعي وبه قال احمد والكسب كله للذي استقى وعليه اجر مثل المزادة ان كان صاحب البغل واجر مثل البغل ان كان صاحب المزادة وجمع المزادة مزاد ومزايد اما فساد الشركة فلانعقادها على احراز المباح وهو نقل الماء واما وجوب الاجر فلان المباح قد صار ملكا للمحرز وهو المستقي وقد استوفى منافع ملك الغير بعقد فاسد فيلزمه اجره **قوله** وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر راس المال الى اخره كالف لاحدهما مع الفين للاخر فالربح بينهما اثلاثا وان كانا شرطا الربح بينهما نصفين بطل ذلك الشرط ولو كان لكل مثل ما للاخر وشرطا الربح اثلاثا بطل شرط التفاضل وانقسم نصفين بينهما لان الربح في وجوده تابع للمال وانما طاب على التفاضل بالتسمية في العقد وقد بطلت ببطلان العقد فبقي الاستحقاق على قدر راس المال المولد له ونظيره البذر في المزارعة والريع الزيادة **قوله** واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت الشركة سواء

كانت او عنانا اذا افضى بلحاقه على البتات حتى لو عاد مسلما الى شريكين بينهما شركة وان لم يقض القاضي بلحاقه انقطعت
على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل ان يحكم بلحاقه فهما على الشركة وان مات او قتل انقطعت ولو لم يلحق
بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل تصير عنانا عند ابي حنيفة لا وعندهما تبقى عنانا ذكره الوكوا
وانما بطلت الشركة بالموت لانها تتضمن الوكالة اي مشروطا ابتداؤها وبقاؤها بها ضرورة فانها لا تتحقق
ابتداؤها الا بولاية التصرف لكل منهما في مال الاخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة وبهذا التقرير اندفع
السؤال القايل الوكالة تثبت تبعا ولا يلزم من بطلان التبع بطلان الاصل وبطلانها بالالتحاق لانه موت
حكم على ما بينا من قبل في باب احكام المرتدين ولا فرق في ثبوت البطلان بين ما اذا علم الشريك بموت شريكه
وعدم علمه بذلك حتى لا ينفذ تصرفات الاخر على الشركة لانه عزل حكمي فان ملكه تحول شرعا الى وارثه علم موته
او لا فلا يمكن توقفه وقد نفذه الشرع حيث نقل الملك بخلاف ما اذا فسخ احد الشريكين الشركة ومال الشركة دراهم
او دنانير حيث يتوقف على علم الاخر لانه عزل قصدي لانه نوع حجر فيشترط علمه دفعا للضرر عنه وتقييده بما اذا
كان مال الشركة دراهم او دنانير لانه لو كان عروضا فلا رواية في ذلك عن اصحابنا وانما الرواية في المضاربة وهي
ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فان كان مال المضاربة دراهم او دنانير صح نهيه عزله بصرف الدراهم
بالدنانير ان كان راس مال الشركة دنانير وعكسه فقط وان كان عروضا لم يصح فجعل الطحاوي الشركة كالمضاربة فقال
لا تنفسخ وبعض المشايخ قالوا تنفسخ الشركة وان كان المال عروضا وهو المختار وفرقوا بين الشركة والمضاربة بان مال الشركة
في ايديهما معا وولاية التصرف اليهما جميعا فيملك كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقدا كان او عروضا بخلاف
مال المضاربة فانه بعدما صار عروضا ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك
رب المال نهيه **فروع** انكار الشركة فسخ وقوله لا اعمل فسخ حتى لو عمل الاخر كان ربحا بينهما العينة نصيب شريكه
وفي الخلاصة قال احد الشريكين لصاحبه انا اريد ان اشتري هذه الجارية لنفسي فسكت فاشترى لا يكون له
ولو قال الوكيل ذلك فسكت الموكل فاشتراها تكون له ثم فرق فقال ان الوكيل يملك عزل نفسه اذا علم الموكل
رضي ام سخط بخلاف الشريك فان احد الشريكين لا يملك فسخ الشركة الا برضي صاحبه انتهى وهذا غلط وقد صح هو
انفراد الشريك بالفسخ والمال عروض والتعليل الصحيح ما ذكر في التجنيس فان احد المتفاوضين لا يملك تغيير موجبها
الا برضي صاحبه وفي الرضي احتمال لعني اذا كان ساكتا والمراد بموجبها وقوع المشتري على الاختصاص ولا يشكل
على هذا ما ذكر في الخلاصة في ثلاثة اشتركوا شركة صحيحة على قدر رؤوس اموالهم فخرج واحد الى ناحية من النواحي
لشركتهم فشارك الحاضران اخر على ان ثلث الربح له والثلثين بينهم اثلاثا ثلثاه للحاضرين وثلثه للغايب
فعمل المدفوع اليه بذلك المال سنين مع الحاضرين فجاء الغايب فلم يتكلم بشيء فاقتسموا ولم يزل يعمل معهم
هذا الرابع حتى خسر المال او استهلكه فاراد الغايب ان يضمن شريكه لا ضمان عليهما وعمله بعد ذلك رضي
بالشركة لان هذا اخص من السكوت السابق لما فيه من زيادة العمل **فصل** لما كانت احكام هذا الفصل
بعد تعلق الشركة اذ ليست من امور التجارة والاسترباح افردها بفصل واخره **قوله** واذا اذن كل ان يؤدي
زكاة ماله اذا حال الحول فادي وقد ادى الاذن المال ان ضمن لشريكه ما اداه علم بالاداء الاول او لم يعلم
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن ما لم يعلم باداية هكذا ذكر في كتاب الزكوة من المبسوط ونقل الولوالجي
في بعض المواضع لا يضمن عندهما وان علم باداء المالك ونص في زيادات العتابي ان عندهما لا يضمن علم باداية
او لم يعلم وقال وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف لو دفع مالا الى رجل ليكفر عنه فكفر الامر بنفسه ثم كفر المامور

وعلى هذا المامور باداء الزكاة وهذا الخلاف فيما اذا اديا على التعاقب فان اديا معا ضمن كل نصيب الاخر
عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن ذكره في المبسوط وزيادات العتابي وعلل فيما نقل عن المبسوط بان زكاة
كل منهما تقع بما اداه بنفسه واداؤه بنفسه يوجب عزل الوكيل ولا يخفى انه لا يفيد لانه بعد تسليم ان اداه
يتضمن عزل الوكيل فهو لا ينعزل الا بعد العلم والكلام فيه وجه قولهما في خلافية الكتاب انه اداه بالامر
ولا ضمان مع الامر ولا يقال انما امره باداء ما هو زكاة لانا نقول ليس هذا في وسع الوكيل لان وقوعه
زكاة يتعلق بامرين من جهة الموكل كنيته وانما يلزمه ما في وسعه وليس في وسعه الا الاداء ولهذا
لو دفع الى رجل ليقضي بها دينا عليه ثم ادى الدافع الدين لا يضمن اذا دفع ولم يعلم وصار ايضا كدم الاحصار
اذا ذبح المامور بعد زوال الاحصار ولابي حنيفة انه مامور باداء الزكاة والمودي بعد اداه لم
يقع زكوة فصار مخالفا وهذا لان الظاهر انه لا يلتزم الضرر بتنقيص المال الا لدفع الضرر الديني وقد
خلا اداؤه عن ذلك فصار باداءه معزولا علم او لم يعلم لانه عزل حكمي لا يتوقف على العلم بالعزل بالموت
كما ذكرنا انفا واما ما الزمتم به من المسئلتين فقيل يمنع تسليم ابي حنيفة الجواب فيهما بل قوله بالضمان فيهما
وقيل بل هو على الاتفاق والفرق ان الدم ليس بواجب على الامر المحصر لانه يمكنه ان يصبر حتى يزول الاحصار او يدرك
الحج او لم يدركه ويتحلل بافعال العمرة وفي مسئلتنا الاداء واجب فاعتبر الاسقاط مقصودا فيه واما مسئلة
الدين فالفرق انه امره بدفع مضمون الحج على الاخذ وذلك ثابت وان كان الاخذ دائنه وهذا لان عين الدين
لا يمكن دفعه بل دفع مال مضمون على القابض ثم يصير الضمان بالضمان قصاصا وقد وقع ولم يبق لامكان
الرجوع عليه بعد العلم بالقضاء ولا يخفى انه لم يقع الجواب عن قولهما ليس في وسعه ايقاعه زكوة فكان المامور
دفعه الى المصرف وقد وجد وكونه عزلا حكميا لهما ان يمنعاه لانه موقوف على كون الامر صح بدفعه مقيدا بوقوعه
زكوة وهو ممنوع وقد قيل لما امره باداء الزكوة كان ناويا لها فلو بادر الى الاداء وقع المامور به فلما لم يبادر حتى
ادى الامر كان بتاخيره متسببا لوقوعها غير زكوة ولا يخفى ما فيه **قوله** واذا اذن احد المتفاوضين للاخر
ان يشتري جارية ويطاها ففعل وادى جميع ثمنها من مال الشركة فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة وقالا يرجع عليه
شريكه بنصف ما ادى لانه ادى دينا عليه من مال الشركة لان الملك فيها له خاصة كطعام اهله وله ان
الجارية دخلت في الشراء على الشركة جريا على موجب المفاوضة اذ لا يملكان تغييره فكان بحال عدم الاذن ثم الاذن
له بالوطي يتضمن هبة نصيبه منه اذ لا يحل الا في ملك ولا يمكن اثباته بالبيع الصادر من البايع لاحد الشريكين
لما بينا من عدم ملكهما تغيير مقتضى العقد ولان الشريك لعدم تعيين الثمن يكون هبة وان كان شايعا واستشكل
بانه لو ثبت الملك حكما للاحلال لكان قول الرجل احللت لك وطي هذه الامة تمليكا لها منه وهو منتف
واجيب بالفرق بان الجارية المشتركة اقبل للتمليك لشريك لها من الجارية التي لا يملك المخاطب بالاحلال
شقصا منها ولذا كان لاحد الشريكين تملكها بالاستيلاد دون الاجنبي وامام له حق التملك كالاب والجد
فالرواية غير محفوظة في تملك الجارية بالاحلال

كتاب الوقف

مناسبته بالشركة ان كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا ان الاصل في الشركة
مستبقى في ملك الانسان وفي الوقف يخرج عنه عند الاكثر ومحاسن الوقف ظاهرة وهي الانتفاع الدار
الباقي على طبقات المحبوبين من الذرية والمحتاجين من الاحياء والموتى لما فيه من ادامة العمل الصالح كما في الحديث

العروف اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية الحديث ثم نحتاج الى تفسيره لغة وشرعا
وبيان سببه وشرطه وركنه وحكمه • اما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت اقف حبست قال عنترة •

• ووقفت فيها ناقتي فكانها • فدن لاقضي حاجة المتلوم •

وهو احد ما جاء على فعلته ففعل متعدي ولا متعدي ويجمعان في قولك وقفت زيدا او الحمار فوقف واما
اوقفته بالهمزة فلغة ردية • وقال ابو الفتح بن جني اخبرني ابو علي الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس المازني قال
يقال وقفت داري وارضي ولا يعرف اوقفت من كلام ثم اشتهر المصدر اعني الوقف في الموقوف فقيل هذه
الدار وقف فلذا جمع على افعال فقيل وقف واوقاف كوقت واوقات • واما شرعا فحبس العين على ملك المالك
والتصدق بمنفعتها او صرف منفعتها على من احب وعندهما لا على ملك احد غير الله تعالى الى اخره وقد انتظم هذا
بيان حكمه وسياتي تمامه فلا حاجة لافراده هنا ايضا وانما قلنا او صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنيا
بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد في اخره من القربة لشرط التابيد وهو بذلك كالفقرا ومصالح المسجد لكنه
يكون وقفا قبل انقراض الاغنيا بلا تصدق وسببه ارادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحيا وفي الاخرة
بالتقرب الى رب الارباب جل وعز • واما شرطه فهو الشرط في ساير التبرعات من كونه حرا وبالغا عاقلا وان
يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا يصير وقفا
واما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمي على نسله وولده وجعل اخره للمساكين جاز ويجوز ان يعطي المساكين المسلمين
واهل الذمة وان خص في وقفه مساكين اهل الذمة جاز ويفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم
الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة • ولو وقف على ولده
ونسله ثم للفقرا على ان من اسلم من ولده فهو خارج من الصدقة لزم شرطه وكذا ان قال من انتقل الى غير النصرانية
خرج اعتبر نص على ذلك الخصاف ولا نعلم احدا من اهل المذهب تعقبه غير متاخر يسمى الطرسوسي شنع بانه
جعل الكفر سببا لاستحقاق والاسلام سببا للحرمان وهذا للبعد من الفقه فان شرايط الوقف معتبرة اذا لم يخالف
الشرع والواقف مالك له ان يجعل ماله حيث شاء ما لم يكن معصية وله ان يخص صنفا من الفقرا دون صنف
وان كان الوضع في كلهم قربة ولا شك ان التصدق على اهل الذمة قربة حتى جاز ان يدفع اليهم صدقة الفطر
والكفارات عندنا دون صنف فكيف لا يعتبر شرطه في صنف دون صنف من الفقرا ارايت لو وقف على فقرا اهل
الذمة ولم يذكر غيرهم اليس يحرم منه فقرا المسلمين • ولو دفع المتولي الى المسلمين كان ضامنا فهذا مثله والاسلام
ليس سببا للحرمان لعدم تحقق سبب تملكه هذا المال والسبب هو اعطاء الواقف المالك وشرط صحة وقفه
ان يكون قربة عندنا وعندهم فلو وقف على بيعة مثلا فاذا خربت يكون للفقرا كان للفقرا ابتدا ولو لم يجعل
اخره للفقرا كان ميراثا عنه نص عليه الخصاف في وقفه ولم يحك خلافا ومعلوم خلاف ابي حنيفة
في الوصية فانه انما شرط ان يكون قربة عندهم نقل صاحب المحيط الوقف كالوصية ولو انكر فشهد عليه ذميا
عدلان في ملتهم قضي عليه بالوقف • ولو وقف على ان يحج به او يعتمر لم يجز لانه ليس قربة عندهم بخلاف ما
لو وقف على مسجد بيت المقدس فانه يجوز لانه قربة عندنا وعندهم • واما المرتد اذا وقف حال ردته ففي قول
ابي حنيفة هو موقوف ان قتل على ردته ومات بطل وقفه وقول محمد اذا انتحل دينا جاز منه ما يجيزه لاهل
ذلك الدين اما المرتدة فابو حنيفة يجيز وقفها لانها لا تقتل • واما المسلم اذا وقف وقفا صحيحا في اي وجه كان
كان ثم ارتد بطل الوقف ويصير ميراثا سوا قتل على ردته او مات او عاد الى الاسلام الا ان يعاد الوقف بعد عوده

الى الاسلام وحكى الخصاف في وقف المرتدين خلافا بين اصحابنا مبنيا على الخلاف في الذمي يتزندق يهوديا
او نصرانيا او مجوسيا قال بعضهم امره على ما اختاره واقر الجزية عليه لا ابي ان اخذته بالرجوع فانما ارده من
كفر الى كفر ولا اري ذلك • وقال بعضهم لا اقره على الزندقة • واما الصابية فان كانوا دهرية يقولون ما يهلكنا
الا الدهر فهم صنف من الزنادقة وان كانوا يقولون بقول اهل الكتاب صح من وقفهم ما يصح من اهل الذمة
وجميع اهل الاهوا بعد كونهم من اهل القبلة حكم وقفهم ووصاياهم حكم اهل الاسلام الا ترى الى قبول شهادتهم
على المسلمين فهذا حكم باسلامهم • واما الخطابية فانما لم يقبلوا لانه قيل انهم يشهد بعضهم لبعض بالزور على من
خالفهم وقيل لانهم يتعصبون بصدق المدعي اذا حلف انه محق • ومن الشروط الملك وقت الوقف حتى لو غصب
ارضا فوقفها ثم اشتراها من مالكها ودفع ثمنها اليه او صالح على مال دفعه اليه لا يكون وقفا لانه انما ملكها
بعد ان وقفها هذا على انه هو الواقف • اما لو وقف ضيعة غيره على جهات فبلغ الغير فاجازه جاز بشرط الحكم
والتسليم او عدمه على الخلاف الذي سنذكره • وهذا هو المراد بجواز وقف الفضولي وستاتيك فروع اخر
مبنية على هذا الشرط • ومن شرطه ان لا يكون محجورا عليه حتى لو حجر القاضي عليه لسفه او دين فوقف ارضا له
لا يجوز لان حجره كيلا يخرج ماله عن ملكه ليضر بارباب الديون او بنفسه كذا اطلقها الخصاف وينبغي انه
اذا وقفها في الحجر للسفه على نفسه ثم لجهة لا تنقطع ان يصح على قول ابي يوسف وهو الصحيح عند المحققين وعند
الكل اذا حكم به حاكم هذا • واما عدم تعلق حق الغير كالرهن والاجارة فليس بشرط فلو اجر ارضا ثم وقفها
قبل مضيها لزم الوقف بشرطه فلا يبطل عقد الاجارة فاذا انقضت المدة رجعت الارض الى ما جعلها له من
الجهات وكذا لو رهن ارضه ثم وقفها قبل ان يفتكها لزم الوقف ولا يخرج عن الرهن بذلك ولو اقامت سنين
في يد المرتهن فافتكها تعود الى الجهة فلو مات قبل الافتكاك وترك قدر ما يفتك به افتك ولزم الوقف
وان لم يترك وفا بيعت وبطل الوقف • وفي الاجارة اذا مات احد المتواجرين بطل ويصير وقفا واما شرطه
الخاص لخروجه عن الملك عند ابي حنيفة الاضافة الى ما بعد الموت وهو الوصية به او ان يلحقه حكم به
وعند ابي يوسف لا يشترط سوى كون المحل قابلا له من كونه عقارا او دارا وعند محمد ذلك مع كونه مويدا
مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما الى متول • واما ركنه فالالفاظ الخاصة كان يقول ارضي
هذه صدقة موقوفة مويدة على المساكين ولا خلاف في ثبوته بهذا اللفظ بعد شروطه ولا باس ان نسوق
شيا من الالفاظ ارضي هذه صدقة او قال تصدقت بارضي هذه على المساكين لا يكون وقفا بل نذرا يوجب
التصدق بعينها او بقيمتها فان فعل خرج عن عهدة النذر والا ورثت عنه كما لو عليه زكوة او كفارة فمات
بلا ايصا يورث عنه • وموقوفة فقط لا يصح الا عند فانه يجعلها بمجرد هذا اللفظ وقفا على الفقرا وهو قول
عثمان البتي واذا كان مفيد الخصوص المصرف اعني الفقرا لزم كونه مويدا لان جهة الفقرا لا تنقطع قال
الصدر الشهيد ومشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ونحن نفتي بقوله ايضا لمكان العرف وبهذا يندفع
رد هلال قول ابي يوسف بان الوقف يكون على الغني والفقير ولم يبين فبطل لان العرف اذا كان يصرفه
للفقرا كان كالتنصيص عليهم فلو قال موقوفة على الفقرا صح عند هلال ايضا لزوال الاحتمال بالتنصيص
على الفقرا بخلاف قوله محبوسة او حبس • ولو كان في حبس مثل هذا العرف يجب ان يكون كقوله موقوفة وكذا
اذا قال السبيل ان تعارفوه وقفا مويدا للفقرا كان كذلك والا سئل فان قال اردت الوقف صار وقفا
لانه محتمل لفظه او قال اردت معنى صدقة فهو نذر فيتصدق بها او بثمنها وان لم ينو كانت ميراثا ذكره

الى الاسلام

في النوازل وقال في قوله جعلتها للفقراء ان تعارفوه وقفا عمل به والا سئل فان اراد الوقف فهي وقف والصدقة
فهو نذر وهذا عند عدم النية لانه ادنى فاثباته به عند الاحتمال اولى واعترضه في فتاوى الخاصي بانه لا
فرق بينهما وذكر في احديهما اذا لم تكن له نية يكون ميراثا ولا يخفى ان كونه ميراثا لا ينافي كونه نذرا لان النذر
به اذا مات الناذر ولم يوف بنذره يكون ميراثا الا انه اقتصر على تمام التفصيل في احديهما والا فلا شك
ان في كل منهما اذا لم تكن له نية يكون نذرا فان مات ولم يتصدق به ولا بقيمته يكون ميراثا ولو قال صدقة
موقوفة فهلال وابو يوسف وغيرهما على صحته لانه لما ذكر صدقة عرف مصرفه وانتفى بقوله موقوفة
احتمال كونه نذرا وكذلك حبس صدقة وكذلك صدقة محرمة قيل ومحرمة بمنزلة وقف وهي معروفة
عند اهل الحجاز بخلاف ما لو قال حبس او محبوسة موقوفة لانه بمعنى موقوفة فكان كافراد لفظ موقوفة وفي
النوازل لو قال جعلت كرمي وقفا وفيه ثمر ولا يصير الكرم وقفا وكذا لو قال جعلت غلته وقفا تصحيحا للكلام
ما امكن كانه قال جعلت كرمي بما فيه وقفا وينبغي ان لا يدخل الثمر لما سنذكر ولو زاد فقال صدقة موقوفة
على الفقراء ينبغي ان لا يختلف فيه كما لو قال مع ذلك مؤبدا وهو موضع اتفاق مجيزي الوقف على انها العبارة
الوافية الا ان قوله في الاسرار لو لم يقل مؤبدا كان وقفا على قول عامة من يجيز الوقف يفيد ان فيه خلافا
ولا ينبغي فان التابيد انما يجعله في اول الامر واخره لجهة لا تنقطع وجعله للفقراء يفيد ذلك وقوله
موقوفة لله تعالى بمنزلة صدقة موقوفة **قوله** قال ابو حنيفة رحمه الله لا يزول ملك الواقف عن الوقف
الا ان يحكم به حاكم اي بخروجه عن ملكه او يعلقه اي يعلق الوقف بموته فيقول اذا مت فقد وقفت داري
على كذا وقال ابو يوسف يزول بمجرد القول الذي قدمنا صحة الوقف به وقال محمد لا يزول حتى يجعل للوقف
متوليا ويسلمه اليه بعد ذلك القول وبه اخذ مشايخ بخارى واذا لم يزل عند ابي حنيفة قبل الحكم يكون
موجب القول المذكور حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة وحقيقته ليس الا التصدق بالمنفعة
ولفظ حبس الى اخره لا معنى له لان بيعه متى شاء وملكه مستمر فيه كما لو لم يتصدق بمنفعته فلم يحدث الواقف
الا مشيئة التصدق بمنفعته وله ان يترك ذلك متى شاء وهذا القدر كان ثابتا له قبل الوقف بلا ذكر
لفظ الوقف فلم يفد لفظ الوقف شيئا وهذا معنى ما ذكر في المبسوط من قوله كان ابو حنيفة لا يجيز الوقف
وهو ما اراد المصنف بقوله وهو الملفوظ في الاصل يعني المبسوط وحينئذ فقول من اخذ بظاهر هذا
اللفظ فقال الوقف عند ابي حنيفة لا يجوز صحيح لانه ظهر انه لم يثبت به قبل الحكم حكم لم يكن واذا لم يكن له
اثر زائد على ما كان قبله كان كالمعدوم والجواز والنفاذ والصحة فرع اعتبار الوجود ومعلوم ان قوله
لا يجوز ولا يجيز ليس المراد التلفظ بلفظ الوقف بل لا يجيز الاحكام التي ذكر غيره انها احكام ذكر الوقف
فلا خلاف اذن فابو حنيفة قال لا يجيز الوقف اي لا تثبت الاحكام التي ذكرت له الا ان يحكم بها حاكم
وقوله بمنزلة العارية لانه ليس حقيقة العارية لانه ان لم يسلمه الى غيره فظاهر وان اخرجه الى غيره فذلك الغير
ليس هو المستوفي لمنافعه **فرع** يثبت الوقف بالضرورة وصورته ان يوصي بغلة هذه الدار للمساكين ابدا
او لفلان وبعده للمساكين ابدا فان هذه الدار تصير وقفا بالضرورة والوجه انها كقوله اذا مت فقد وقفت
داري على كذا قال المصنف رحمه الله وعندهما حبس العين على حكم ملك الله تعالى فيزول ملك الواقف عنها
الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد ولا يخفى انه لا حاجة سوى الى قولنا يزول ملكه على وجه تحبس على
منفعة العباد لان ملك الله تعالى في الاشياء لم يزل قط ولا يزال فالعبارة الجيدة قول قاضي خان الا ان

عند

عند ابي يوسف ومحمد اذا صح الوقف يزول ملك الواقف لا الى مالك فيلزم ولا يملك وهذا هو الاصح
عند الشافعي واحمد وقال بعضهم وللشافعي قول وهو رواية عن احمد ينتقل الى ملك الموقوف عليه ان كان
اهلا للملك لامتناع السائبة وعند مالك هو حبس العين على ملك الواقف فلا يزول عنه ملكه لكن لا يباع
ولا يورث ولا يوهب وذكر بعض الشافعية ان هذا قول اخر للشافعية واحمد لانه عليه الصلاة والسلام
قال حبس الاصل وسبل الثمرة انتهى وهذا احسن الاقوال فان ظاهر الاصل والقياس ثابت في كل من القولين
وهو خروجه لا الى مالك وثبوت ملكه او ملك غيره فيه مع منفعة من بيعه وهبته وكل منهما نظير في الشرع
فمن الاول المسجد وغيره ومن الثاني ام الولد الملك فيها باق ولا تباع ولا توهب ولا تورث وكذا المدبر المطلق
عندنا فكل منهما يمكن ان يقع بالدليل ولا شك ان ملك الواقف كان متيقن الثبوت والمعلوم بالوقف من شرطه
عدم البيع ونحوه فليثبت ذلك القدر فقط ويبقى الباقي على ما كان حتى يتحقق المزيل ولم يتحقق فان الذي في
الحديث في بعض الروايات تصدق باصله مع انه ليس على ظاهره والا لخرج الى ملك اخر ثم رايتا غيره بقوله
ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها اي بالثمرة او الغلة وظاهره حبسها على ما كان فلم يخلص دليل يوجب
الخروج عن الملك وكذا المعنى الذي استدل به المصنف وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف يفيد
لزومه لا غير والحاصل انه ثبت قوله عليه الصلاة والسلام لعمر تصدق وقبله حبس والمفهوم منهما مختلفان
لان معنى تصدق باصلها ملكه الفقير لله تعالى ومعنى حبسه اي على ما كان ولا يمكن ان يراد بهما الا معنى احدهما
والا كان عليه الصلاة والسلام مجيبا لعمر رضي الله عنه في حادثة واحدة بامرين متنافيين فاما ان يحمل حبس على
معنى تصدق والاتفاق على نفيه اذ لا يقول واحد من الثلاثة بملك الفقير العين فوجب ان يحمل تصدق على
معنى حبس وهو قول ابي حنيفة رحمه الله فيحبس على الملك شرعا واذا حبس عليه شرعا امتنع بيعه وصورة حكم
الحاكم الذي به يزول الملك عنده ان يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي
بلزومه قالوا فان خاف الواقف ان يبيعه قاض قبل ان يحكم به يكتب في صك فان ابطله او غيره قاض فهذه الارض
باصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم احد في ابطاله
لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا ابطله قاض ليصير وصية يعتبر من جميع ماله
كذا في فتاوى قاضي خان وينبغي ان يكون هذا اذا وقف في صحته اما اذا كان وقف في مرضه فينبغي ان يعتبر
من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في نقضه وبيعه فائدة للورثة فيحمل ما ذكر اذا لم يكن وقف في الصحة
او كان يخرج من الثلث **قوله** واللفظ ينتظمهما اي لفظ الوقف يصدق مع كل من زوال الملك وعدمه
اذ ليس من مقتضيات لفظ وقفت داري او حبستها خروجها عن الملك فيصدق مع كل منهما فالترجيح اي
ترجيح الخروج وعدمه بالدليل ولا يخفى ان الادلة المذكورة من قبلهما انما يفيد اللزوم لا الخروج عن الملك
ومن قبله تفيد نفي كل منهما فلا دليل من الجانبين يفيد تمام المطلوب ثم ابتدا بدليلهما فذكر حديث ثمغ وهو بالثاء
المثلثة المفتوحة بعدها ميم ساكنة ثم غين معجمة وذكر الشيخ حافظ الدين انه بلا تنوين للعلمية والتانيث
وفي غاية البيان انها في كتب غرائب الحديث المصححات عند الثقات منونا وغير منون كما في دعد قال محمد
ابن الحسن في الاصل اخبرنا صخر بن جويرية عن نافع مولى عبد الله بن عمر ان عمر بن الخطاب كانت له ارض تدعى
ثمغ وقال كان نخلا نفيسا قال فقال يا رسول الله اني استفدت مالا هو عندي نفيس افاتصدق به
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن تنفق ثمرته كالـ

فتصدق به عمر في سبيل الله وفي الرقاب وللضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى لا جناح على من
وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا غير متمول فيه وحديث عمر هذا في الصحيحين وباقي الكتب الستة عن ابن
عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اصبت ارضا لم اصب مالا قط
انفس منه فكيف تامرني به قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت فتصدق بها عمر لا يباع اصلها
ولا يوهب ولا يورث في الفقرا والقربى والرقاب وفي سبيل الله والضيف الحديث وفي بعض طرق البخاري
فقال عليه الصلاة والسلام تصدق باصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن ينفق ثمره ثم استدل
بالمعنى وهو قوله ولان الحاجة ماسة الى ان يلزم الوقف لحاجته الى ان يصل ثوابه اليه على الدوام
وقد اشار الشرع الى اعمال ما يدفع هذه الحاجة فيما روى الترمذي بسنده الى ابي هريرة ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم قال اذا مات ابن ادم انقطع عمله الا من ثلث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد
صالح يدعو له ولا طريق الى تحقيق دفع هذه الحاجة واثبات هذه الصدقة الجارية الا لزومه وتقرير
المصنف بانه تحققت حاجة استمرار وصول ثوابه وتمكن باسقاط ملكه فيسقط ظاهر المنع اذ لم يتعين
لذلك سقوط الملك طريقا بل تحقق بالحكم بلزومه فلم يلزم زوال الملك من هذا المعنى فلا يقدح فيما
رجحناه من الاقوال فيما مضى ثم على تقديرنا تحصل مطلوبهما لانه اذا تمت الدلالة على لزومه خرج
عن ملكه بموافقتنا لهما على ذلك لاعتقاد الثلاثة رحمهم الله التلازم بين اللزوم والخروج عن ملكه وقوله
كالمسجد نظير ما خرج عن الملك بالاجماع لا الى مالك وكذا الاعتاق وسيجيب بالفرق بين المسجد والعتق
ومطلق الوقف قوله وله اي لابي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله
اسند الطحاوي في شرح معاني الاثار الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعد ما انزلت سورة النسا وانزل فيها الفرايض نهى عن الحبس وروى هذا الحديث الدارقطني وفيه
عبد الله بن لهيعة عن اخيه وضعفوهما ورواه ابن ابي شيبة موقوفا على علي ثنا هشيم عن اسمعيل بن ابي خالد
عن الشعبي قال قال علي رضي الله عنه لا حبس عن فرايض الله الا ما كان من سلاح او كراع وينبغي ان يكون
لهذا الموقوف حكم المرفوع لانه بعد ان علم ثبوت الوقف ولذا استثنى الكراع والسلاح لا يقال الا سماعا
والا فلا علل والشعبي ادرك عليا وروايته عنه في البخاري ثابتة واما حديث شريح فرواه ابن ابي شيبة
في البيوع ثنا وكيع وابن ابي زايدة عن مسعود عن ابن عون عن شريح قال جا محمد صلى الله عليه وسلم
ببيع الحبيس واخرجه البيهقي وشريح من كبار التابعين وقد رفع الحديث فهو حديث مرسل يحتج به من يحتج
بالمرسل قوله ولان الملك الى اخره ظاهر مصادرة لجعله الدعوى جزء الدليل والاولى انه انما ذكره
ليصل الدليل بالدعوى وتقريره ان حقوق العباد لم تنقطع عنه حتى جاز الانتفاع به زراعة وسكنى
لغير الواقف وتعلق حقوق العباد بالعين اثر ثبوت ملكهم فيها على ما هو الاصل فاما ان يكون ذلك
الملك لغير الواقف او له واتفقنا على انه لا يكون ملكا لغيره من العباد فوجب ان يكون ملكا للواقف وكذا
الاستنجاح بنصب القوام وصرف غلاته بحسب الاصل يكون عن ملكه للعين الا ان يوجب موجب لا مرد له
خروجه عن ملكه وان تصرفه بولاية غير الملك ولم يثبت ذلك ثم شرع في الفرق وحاصله ان المسجد جعله لله
على الخلوص محررا عن ان يملك العباد فيه شيا غير العبادة فيه وما كان كذلك الا يخرج عن ملك الخلق اجمعين
اصله الكعبة والوقف غير المسجد ليس كذلك بل ينتفع العباد بعينه زراعة وسكنى وغيرهما كما ينتفع بالمملوكات

وماكان

وما كان كذلك ليس كالمسجد فيلحق بالكعبة كالحق المسجد بها وايضا قضية كون الحاصل منه صدقة
دايمة عن الواقف ان يكون ملكه باقيا اذ لا تصدق بلا ملك فاقتضى قيام الملك فاما الاعتاق فاتلاف
للملوك بالكلية وليس الوقف كذلك وجواب شمس الايمة ان الادمي خلق مالكا غير مملوك وانما عرض فيه
المملوكية وبالاعتاق يعود الى ما كان بخلاف ما سواه لانها خلقت لتملك فبالوقف لا تعود الى اصل هو
عدم المملوكية بل الى الحبس على ملكه والتصدق بالمنفعة وهذا حق ويؤيد ما اخترنا من عدم الخروج
عن ملكه لكن ابا حنيفة يجعل عدم الخروج ملزوما لعدم لزومه صدقة او ابدا وليس كذلك بل هما منفكان
كما ذكرنا من ام الولد والمدبر والحق ترجح قول عامة العلما بلزومه لان الاحاديث والاثار متظافرة
على ذلك قولا كما صح من قوله عليه الصلاة والسلام لا يباع ولا يورث الى اخره وتكرر هذا في احاديث
كثيرة واستمر عمل الامة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم على ذلك اولها صدقة رسول الله صلى الله
عليه وسلم ثم صدقة ابي بكر وعمر وعثمان وعلي والزبير ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وعايشة واسما
اختها وام سلمة وام حبيبة وصفية بنت حيي وسعد بن ابي وقاص وخالد بن الوليد وجابر بن عبد الله
وعقبة بن عامر وابي اروى الدوسي وعبد الله بن الزبير كل هولاء من الصحابة ثم التابعين بعدهم كلها
بروايات وتوارث الناس اجمعون ذلك فلا تعارض بمثل الحديث الذي ذكره على ان معنى حديث شريح
بيان نسخ ما كان في الجاهلية من الحامي ونحوه وبالجملة فلا يبعد ان يكون اجماع الصحابة العملي ومن بعدهم متوارثا
على خلاف قوله فلذا ترجح خلافه وذكر بعض المشايخ ان الفتوى على قولهما قوله واما تعليقه بالموت
فالصحيح انه لا يزول ملكه الا انه تصدق بمنافعه موبدا فيصير بمنزلة الوصية بالمنافع موبدا فيلزم وان لم
يخرج عن ملكه لانه بمنزلته اذ لا يتصور التصرف فيه ببيع ونحوه لما يلزم من ابطال الوصية وعلى هذا فله
ان يرجع قبل موته كساير الوصايا وانما يلزم بعد موته وانما كان هذا هو الصحيح لما يلزم على مقابله من جواز تعليق
الوقف والوقف لا يقبل التعليق بالشرط ولذا لو قال اذا مت من مرضي هذا فقد وقفت ارضي الى اخره
فان لم يصر وقفا وله ان يبيعها قبل الموت بخلاف ما لو قال اذا مت فاجعلوها وقفا فانه لا يجوز لانه تعليق
التوكيل لا تعليق الوقف نفسه وهذا لان الوقف بمنزلة تمليكات الهبة من الموقوف عليه والتمليكات غير
الوصية لا تتعلق بالخطر ونص محمد رحمه الله في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باطلا
ايضا عند ابي حنيفة وعلى ما عرفت بان صحته اذا اضيف الى ما بعد الموت يكون باعتباره وصية فالو قال
داري هذه موقوفة على مصالح مسجد كذا بعد موتي صح وله الرجوع لان الوقف بعد الموت وصية والوصية
يصح الرجوع عنها اما لو قال ان قدم والدي فعلي ان اقف هذه الدار على ابن السبيل فقدم فهو نذر
يجب الوفا به فان وقفه على ولده وغيره ممن لا يجوز دفع زكاته اليهم جاز في الحكم ونذره باق وان وقفه
على غيرهم سقط لان غيرهم ليس مثله نفسه وقبيل المعطى له النذر لغو فصار الثابت النذر بالوقف فجاز
على كل من ليس كنفسه فان قلت ينبغي ان لا يصح النذر بالوقف لانه ليس من جنسه واجب قلت بل من جنسه
واجب فانه يجب ان يتخذ الامام للمسلمين وقفا مسجدا من بيت المال او من ماله ان لم يكن لهم بيت مال
ولو قال ان شيت ثم قال شيت كان باطلا للتعليق اما لو قال شيت وجعلتها صدقة صح بهذا الكلام
المتصل بخلاف ما لو قال ان كانت هذه الدار في ملكي فهي صدقة موقوفة فظهر انها كانت في ملكه وقت
التكلم فانها تصير وقفا لانه تعليق على امر كاين والتعليق على امر كاين تنجيز والمراد بالحاكم يعني في قوله

او يحكم به حكم القاضي واما الحكم ففيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يرفع الخلاف فللقاضي ان يبطل
الوقف بعد حكمه **قوله** ولو وقف في مرض الموت قال الطحاوي هو كالوصية بعد الموت حتى يلزم
بعد الموت لان تصرفات المريض مرض الموت في الحكم كالمضاف الي ما بعد الموت حتى يعتبر من ثلث
ماله والصحيح انه لا يلزم عند ابي حنيفة الا ان يحكم به فله بيعه ويورث عنه اذا مات قبل الحكم الا
ان يجيز الورثة وعندهما يلزم الا انه من الثلث لتعلق حق الورثة بخلافه في الصحة **وفي** فتاوي
قاضي خان مريض وقف وعليه ديون تحيط بماله يباع وينقض الوقف كالو وقف دارا ثم جا الشفيع
كان له ان ياخذها بالشفعة وينقض الوقف انتهي من غير تقييد بكون ذلك قبل الحكم وهذا الخلاف
ما لو وقف المديون الصحيح وعليه ديون تحيط بماله فان وقفه لازم لا ينقضه ارباب الديون اذا
كان قبل الحجر بالاتفاق لانه لم يتعلق حقهم بالعين في حال صحته **قوله** واذا كان الملك يزول عندهما
يزول بالقول عند ابي يوسف وهو قول الايمة الثلثة وقول اكثر اهل العلم لانه اسقاط الملك كالعتق
وعند محمد لابد لزواله من التسليم الي المتولي لان للواقف ان يجعله لله فيصير حقا له وحقه انما يثبت
مسلما في ضمن التسليم للعبد وهذا لان الوقف تمليك لله تعالي والتمليك منه وهو مالك الاشيا
لا يتحقق مقصودا وقد يتحقق تبعا لغيره فياخذ حكمه فينزل منزلة الزكوة والصدقة المنجزة ولا يخفي
ان التمليك لله تعالي لا يتحقق مقصودا ولا تبعا لانه تحصيل الحاصل المستمر لا موجب لاعتباره حتي
يحتاج الي تكلف توجيهه لان غاية ما يوجبه الدليل اما خروج الملك عن الوقف لا الي احد وتوجه الخطاب
بصرفه الي من وقف عليه او توجه الخطاب بذلك مع بقاء الملك فاذا فعل خرج من عهدة الواجب كما
هو في ساير الواجبات المالية من غير زيادة تكلف اعتبار آخر نعم يمكن ان يلاحظ التسليم الي المستحق تسليما
اليه تعالي كانه تعالي جعل نايبه في قبض حقه وذلك بقبض المستحق لا المتولي كالزكوة ويمكن ان لا يلاحظ
شي من ذلك بل المقصود ليس الا فعل ما وجب بالوقف فلما كان قول ابي يوسف اوجه عند المحققين
وفي المنية الفتوي علي قول ابي يوسف وهذا قول مشايخ بلخ واما البخاريون فاخذوا بقول محمد رحمه الله
كما تقدم وفي المبسوط وكان القاضي ابو عاصم يقول لقول ابي يوسف من حيث المعني اقوي الا انه قال وقول
محمد اقرب الي موافقة الاثار يعني ما روي ان عمر جعل وقفه في يد حفصة وغير ذلك ورده في المبسوط
بانه لا يلزم كونه فعله ليتم الوقف بل لشغله وخوفا التقصير في امره ولذا اجمع من نصب المتولين
لا خطر له عن التفرغ نفسه من امره واما قول محمد رحمه الله لو تم قبل المتولي لصارت يد الواقف مستحقة
عليه والتبرع لا يصلح سببا للاستحقاق في المتبرع فجوابه منع ذلك بان التبرع بالسبب الموجب لخروج
ما في يده يوجب عليه استحقاق يده كعتق العبد الكاين في يد سيده المعتق له والنادر بالعين للكاينة
في يده هي وقيمتها توجب عليه اخراج احدهما من يده وهذه امور شرعية لا عقلية ومما بني علي هذا
الخلاف ما ذكر من ان الواقف اذا شرط الولاية في عزل القوام والاستبدال بهم لنفسه ولاولاده
واخرجه من يده وسلمه الي المتول فهذا جايز نص عليه في السير الكبير لان هذا شرط لا يخل بشرايط الوقف
ولو لم يشرط ذلك لنفسه واخرجه من يده الي القيم فالمحمد لا ولاية له والولاية للقيم وكذا الوصي ولو له
وصي فلا ولاية للقيم ولو اراد الواقف ان يعزل القيم ويرده لنفسه او يولي غيره ليس له ذلك وقال ابو يوسف
الولاية للواقف وله ان يعزل القيم في حيوته ويولي غيره او يرد النظر الي نفسه واذا مات الواقف بطل ولاية

القيم لانه بمنزلة الوكيل عنده وهذا الخلاف بناء علي ان عند محمد لا يصح الوقف الا بالتسليم الي القيم
فلا يكون للواقف ولاية وعند ابي يوسف بدون التسليم الي القيم يتم الوقف فاذا سلم الي القيم كان وكيله
وله ان يعزله وينعزل بموته الا اذا جعله قيما في حيوته وبعد موته وكذا ينبني عليه ما لو قال
هذه الشجرة للمسجد لا تصير للمسجد حتي يسلمها الي قيم المسجد **قوله** واذا صح الوقف خرج من ملك
الواقف ولم يدخل في ملك الموقوف عليه وهذا مذهب عامة علماء الامصار الا في قول للشافعي
واحمد انه يدخل في ملك الموقوف عليه اذا كان اهلا للملك الا انه لا يباع ولا يملك والمختار الاول
لانه لو دخل في ملكه ثم ينتقل عنه بشرط المالك الذي هو الواقف لانه لا ملك له فيه لكنه ينتقل
للاجماع علي صحة قوله ثم من بعد فلان علي كذا ثم قال المصنف وقوله اي الفقه وخرج عن ملك الواقف
يجب ان يكون قولهما لان الصحة غير اللزوم وهو لم يقل اذا لزم خرج من ملك الواقف ليكون علي
قول الكل بل قال اذا صح وصحة العقد لا يستلزم اللزوم بل يختلف باختلاف احكام العقود فقد
يكون عقد حكمه اللزوم كالبيع والاجارة وقد يكون حكمه غير اللزوم كالعارية والظاهر انه تجوز
بالصحة عن اللزوم **قوله** ووقف المشاع جايز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز والخلاف
مبني علي الخلاف في اشتراط تسليم الوقف فلما شرطه محمد قال بعدم صحة المشاع لان القسمة
من تمام القبض ولا بد من القبض فوجب وعند ابي يوسف لا يشترط قبض المتولي فلا يشترط ما هو من تمامه
فمن اخذ بقول ابي يوسف في خروجه بمجرد اللفظ وهم مشايخ بلخ اخذ بقوله في هذه ومن اخذ بقول
محمد في تلك المشايخ اخذ بقوله في هذه ومن اخذ بقول محمد في تلك وهم مشايخ بخارى اخذ بقوله
في وقف المشاع واما الحاق محمد رحمه الله بالهبة والصدقة المنفذة اي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا
فكذا الصدقة المستمرة ففرق ابو يوسف بان اشتراط القبض في تينك لما فيهما من التمليك للغير واما
الوقف فليس فيه تمليك من الغير حتي يشترط قبضه وانما هو اسقاط الملك بلا تمليك فلا يرد العتق والطلاق
فلا موجب لاشتراط القسمة فيه والحاصل ان المشاع اما ان يحتمل القسمة او لا يحتملها ففيما يحتملها اجاز
ابو يوسف وقفه الا المسجد والمقبرة والخان والسقاية ومنعه محمد رحمه الله مطلقا وفيما لا يحتملها
اتفقوا علي اجازة وقفه الا المسجد والمقبرة فصار الاتفاق علي عدم جعل المشاع مسجدا او مقبرة مطلقا
اي سواء كان مما يحتمل القسمة او لا يحتملها والخلاف مبني علي اشتراط القبض والتسليم وعدمه فلما لم يشرطه
ابو يوسف اجاز وقفه ولما شرطه محمد منعه لان الشيوع وان لم يمنع من التسليم والقبض الا تري ان الشايع
كان مقبوضا لمالكه قبل ان يقفه لكن يمنع من تمام القبض فلذا منعه محمد رحمه الله تعالي عند امكان تمام القبض
وذلك فيما يحتمل القسمة فانه يمكن ان يقسم اولا ثم يقفه وانما اسقط اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان
وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفي بتحقق التسليم
في الجملة وانما اتفقوا علي منع وقف المشاع مطلقا مسجدا ومقبرة لان الشيوع يمنع خلوص الحق لله تعالي
ولان جواز وقف المشاع فيما لا يحتمل القسمة يحتاج فيه الي المهاياة فيه يؤدي الي امر مستقبح وهو ان يكون
المكان مسجدا سنة واصطبلا للدواب سنة ومقبرة عاما ومزرعة عاما او ميضاة عاما واما الشيوع فليس
بلازم من المهاياة بل ليس للشريك ذلك ثم فيما يحتمل القسمة اذا قضي القاضي بصحته وطلب بعضهم القسمة لا يقسم
عند ابي حنيفة ويتهايون وعندهما يقسم واجمعوا ان الكل لو كان وقفا علي الارباب وارادوا القسمة لا يجوز

الهمايوني وعليه فرع ما لو وقف داره على سكنى قوم باعيانهم او ولده ونسله ما تناسلوا فاذا انقرضوا فكري وتوضع
غلتها للمساكين وليس لاحد من الموقوف عليهم السكنى ان يكريها ولو زادت على قدر حاجة سكناه نعم له الاعادة لا غير
ولو كثر اولاد هذا الواقف وولد ولده ونسله حتى ضاقت الدار عليهم ليس لهم الا سكناها تقسط على عددهم
ولو كانوا ذكورا واناثا ان كان فيها حجر ومقاصير كان للذكران ان يسكنوا نساءهم معهم وللاناث ان تسكن
ازواجهن معهن وان لم يكن فيها حجر لا يستقيم ان تقسم بينهم ولا يقع فيها مهاياة انما سكناه لمن جعل الواقف له
ذلك لا لغيرهم ومن هذا يعرف ان لو سكن بعضهم فلم يجد الاخر موضعا يكفيه لا يستوجب اجرة حصته على الساكن
بل ان احب ان يسكن معه في بقعة من تلك الدار بلا زوجة او زوج ان كان لاحدهم ذلك والا ترك المتضيق
وخرج او جلسوا معا كل في بقعة الى جنب الاخر والاصل المذكور في الشروح والفرع في اوقاف الخصاف ولم
يخالفه احد فيما علمت وكيف يخالف وقد نقلوا اجماعهم على الاصل المذكور ولو اقتسما اعني الواقف المشاع
وشريكه على القول بلزوم القسمة بعد القضاء او قبله على قول ابي يوسف فوقع نصيب الواقف في محل مخصوص
كان هو الوقف ولا يجب عليه ان يقفه ثانيا **قوله** ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه يعني شائعا بطل الوقف عند
محمد رحمه الله لان بالاستحقاق ظهر ان الشيوع كان مقارنا للوقف كما في الهبة اذا وهب الكل ثم استحق بعضه بطلت
لهذا خلاف ما لو وهب الكل ثم رجع الواهب في البعض او رجع الوارث في الثلثين بعد موت المريض الذي وقف
في مرضه الكل ولا يخرج من الثلث فانه لا يبطل الباقي لان الشيوع طارئ واذا بطل الوقف في الباقي رجع الى الواقف
لو كان حيا والى ورثته ان ظهر الاستحقاق بعد موته وليس على الواقف ان يبيع ذلك ويشتري بثمنه ما يجعله
وقفا ولو كان المستحق جزءا بعينه لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء ان يقف ذلك الباقي
فقط وعلى هذا الهبة والصدقة المملوكة لو استحق منهما جزء شائع بطلت ولو استحق معين لا تبطل ولو كانت
الارض بين رجلين فوقفاها على بعض الوجوه ودفعاها الى وال يقوم عليها كان ذلك جائزا عند محمد لان المانع
من تمام الصدقة شيوع في المحل المتصدق به ولا شيوع هنا لان الكل صدقة غاية الامر ان ذلك مع كثرة
المتصدقين والقبض من الوالي في الكل وجد جملة واحدة فهو كما لو تصدق بها رجل واحد سواء بخلاف
ما لو وقف كل منهما نصفها شائعا على حدة وجعل لها واليا على حدة لا يجوز لانهما صدقتان فان كلا منهما تصدق
بنصيبه بعقدة على حدة الا ترى انه جعل لنصيبه واليا على حدة ومثل ذلك في الصدقة المنفذة ايضا لا
يجوز حتى لو تصدق بنصفها مشاعا على رجل وسلم ثم تصدق بالاخر بالنصف عليه وسلم لم يجز شيء من ذلك لان
قبض كل منهما لاقى جزءا شائعا وكذا قبض الواليين هنا ولو وقف كل منهما نصيبه وجعلا الوالي واحدا فسلماه اليه جميعا
جاز لان تمامها بالقبض والقبض مجتمع **قوله** ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع
ابدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل اخره لجهة لا تنقطع لا
يصح لاحتمال ان يخرب الموقوف عليه وقال ابو يوسف اذا سمى جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم
يسمهم هذا كلام القدوري وهذا كما ترى لا يناسب سندا لا للمصنف على ابي يوسف بقوله ان موجب الوقف
يعني بعد التسليم الى المتولي عند محمد رحمه الله وبعد الحكم عند ابي حنيفة زوال الملك بلا تمليك وزواله
بهذا كالعتق واذا كانت الجهة يتوهم انقطاعها لا يتوفر عليه مقتضاه ولهذا كان التوقيت مبطلا له كما
لو وقف عشرين سنة لا يصح اتفاقا لانه انما يلزمه لو قال بالجواز انقطاعه وعوده الى الواقف بعد انقطاع تلك
الجهة او الى ورثته وهو لم يقل ذلك بل قال اذا انقطعت صار للفقراء ثم نقل القدوري انما هو على ما ذكره

المصنف ثانيا عنه حيث قال وقيل ان التأبيد شرط بالاجماع الا ان ابا يوسف لا يشترط ذكر التأبيد
لان لفظ الوقف والصدقة منبئ عنه لما بينا انه ازالة الملك كالعتق وعندهما يشترط قال المصنف
وهذا هو الصحيح وعند محمد ذكر التأبيد شرط لان هذا صدقة بالمنفعة او كان وقفا بالسكنى او بالغلة ان لم
يكن ذكر السكنى وقد يكون ذلك مؤبدا وقد يكون غير مؤبد فمطلقه لا ينصرف الى المؤبد بعينه فلا بد من التنصيص
عليه فكان الاولى ان يوالي هذين الوجهين لما نقله من عبارة القدوري ثم يذكر الرواية الاخرى ويذكر دليلها
الاول واما الوجه الاول فانما يناسب الرواية عن ابي يوسف فان بعد انقطاع الجهة يرجع الى ملك الواقف
او ورثته وقد نقل من الفروع ما يدل على كل منهما عند ابي يوسف فمنها ما في المبسوط فيما اذا تصدق
على امهات اولاده في حياته وجعل لهن السكنى بعد وفاته واي امرأة تزوجت منهن او خرجت منتقلة
الى غيره فلا حق لها في السكنى ونصيبها مردود على من بقيت منهن فذلك جائز اعتبارا للسكنى بالغلة وهذا
الشرط يصح منه لهن في الغلة الى ان قال فان لم يخرج من بقي منهن كان ميراثا على فرائض الله عند ابي يوسف
لما بينا انه يتوسع في امر الوقف فلا يشترط التأبيد واشتراط العود الى الورثة عند زوال الحاجة الموقوف
عليه لا يفوت موجب العقد عنده فاما عند محمد رحمه الله التأبيد شرط واشتراط العود الى الورثة
يبطل هذا الشرط فيكون مبطلا للوقف الا ان يجعل ذلك وصية بعد موته فيجوز كالوصية لمعلوم بسكنى
داره بعد موته مدة معلومة فانه جائز ان يلزم ويعود الى الورثة اذا سقط حق الموصى له ومن ذلك ما
نقل الناطفي في الاجناس عن شروط محمد بن مقاتل عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات
الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف قال وعليه الفتوى واذا عرف عن ابي يوسف جواز عوده
الى الورثة فقد يقول في وقف عشرين سنة بالجواز لانه لا فرق اصلا ومنها ما ذكر في البرامكة قال
ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم يصرف الوقف الى الفقراء قال في الاجناس فحصل عنه روايتان
واما الشرط الذي تقدم وهو قوله من تزوجت او خرجت منتقلة عنه فلا حق لها فصحيح فلو طلقها
زوجها او مات او عادت بعدما انتقلت لا يرجع لها ما كان لها في الوقف بل قد سقط لانه قطع استحقاقها
باحد هذه الصفات فلا تعود الا ان ينص على ذلك فيقول فان عادت او فارقت عاد ما كان لها **قوله**
ويجوز وقف العقار وهو الارض مبنية كانت او غير مبنية ويدخل البناء في وقف الارض تبعا فيكون
وقفا معها وفي دخول الشجر في وقف الارض روايتان ذكرهما في الخلاصة وفي فتاوى قاضي خان يدخل
الاشجار والبناء في وقف الارض كما تدخل في البيع ويدخل الشرب والطريق استحسانا لان الارض لا توقف
الا للاستغلال وذلك لا يكون الا بالماء والطريق فيدخلان كما في الاجارة ولا تدخل الثمرة القائمة وقت
الوقف سواء كانت مما تؤكل اولا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال
لا تدخل في الوقف ايضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة موقوفة
بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له اصل لا يقطع في سنة
والحاصل ان كل ثمر يقطع في سنته فهو للواقف وما لا يقطع في سنته فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف
الارض اصول الباذنجان وقصب السكر ويدخل في وقف الحمام القدور وملقى سرقينه ورماده ولا يدخل
مسيل ماء في ارض مملوكة او طريق وقوله لان جماعة من الصحابة رضي الله عنهم اجمعين وقفوه قدمنا ذكر
جماعة من رجال الصحابة ونسائهم وقفوا واسانيدها مذكورة في وقف الخصاف ومنها ما تقدم من وقف

عمر ارضه ثمغ واخرج ابراهيم الحربي في كتابه غريب الحديث ثنا ابو بكر بن ابي شيبة ثنا حفص بن غياث عن
هشام بن عروة عن ابيه ان الزبير بن العوام رضي الله عنه وقف دارا له على المردودة من بناته قال والمردودة
هي المطلقة والفاقدة التي مات زوجها وفي البخاري وقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ارضا جعلها
لابن السبيل صدقة. واخرج الحاكم بسند فيه الواقدي وهو حسن عندنا وسكت هو عليه عن عثمن
ابن الارقم المخزومي انه كان يقول انا ابن سبع الاسلام اسلم ابي سابع سبعة وكانت داره على الصفا وهي التي
كان النبي صلى الله عليه وسلم يكون فيها في الاسلام وفيها دعا الناس الى الاسلام فاسلم فيها خلق كثير منهم عمر
ابن الخطاب رضي الله عنه فسميت دار السلام وتصدق بها الارقم على ولده وذكر ان نسخة صدقته بسم الله
الرحمن الرحيم هذا ما قضى الارقم الى ان قال لا تباع ولا تورث. وفي الخلافيات للبيهقي قال ابو بكر عبد الله بن الزبير
الحميدي تصدق ابو بكر رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد
ابن ابي وقاص رضي الله عنه بداره بمكة على ولده فهي الى اليوم وتصدق عمر بربعه وتصدق سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه بداره بالمدينة وبداره بمصر على ولده فذلك الى اليوم وعثمان رضي الله عنه برومة فهي الى اليوم
وعمرو بن العاص بوهط من الطايف وداره بمكة والمدينة على ولده فذلك الى اليوم قال وما لا يحضرني كثير
وهذا كله مما يستدل به على ابي حنيفة في عدم اجازته الوقف **فرع** اذا كانت الدار مشهورة معروفة
وقفها وان لم تحدد استغناء بشهرتها عن تحديدها **فرع** اخر وقف عقارا على مسجد او مدرسة هيئ
مكانا لبنائها قبل ان يبنيها اختلف المتاخرون والصحيح الجواز ويصرف غلتها للفقراء الى ان يبني فاذا بنيت
ردت اليها الغلة اخذا من الوقف على اولاد فلان ولا اولاد له حكموا بصحته وتصرف غلته للفقراء الى
ان يولد لفلان **قوله** ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول كذا قال القدوري قال المصنف رحمه الله
وهذا على الارسال اي على الاطلاق قول ابي حنيفة رحمه الله ثم قال القدوري وقال ابو يوسف اذا
وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده جاز والاكرة الحراثون وكذا سائر الات الحراثة اذا كانت تبعا
للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها وقد يثبت من الحكم تبعا ما لا يثبت مقصودا
كبيع الشرب والطريق لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا وهذا اكثر مستغنى عن العدو ولو مرض بعضهم فتعطل
عن العمل ان كان الواقف جعل نفقتهم في مال الوقف وصرح بها فهي في مال الوقف والا فالنفقة لهم وان لم
يصرح به في مال الوقف فللقيم ان يبيع من عجز ويشتري بثمنه اخر يعمل كالوقف فاخذ به عليه ان يشتري
بها اخر. ولو جنى احدهم جناية فعلى القيم ان ينظر فان كان الاصلح دفع هذا العبد بالجناية دفعه او فداه
فداه من مال الوقف واذا فداه بفدية تزيد على ارش الجناية فهو متطوع بالزيادة وليس لاهل الوقف من
الدفع والفداء شيء فان فدوه كانوا متطوعين ومحمد مع ابي يوسف فيه يعني في المعنى لا في افراد ابي يوسف لانه لما
جاز افراد بعض المنقولات بالوقف عنده اي عند محمد رحمه الله فلتجويزه تبعا للعقار اولى وضمير لانه للشان
اما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له ولم يذكرهم فانه لا يدخل شيء من الالات والبقر والعبيد في الوقف
قال المصنف وقال محمد يجوز حبس الكراع وهي الخيل والسلاح ومعناه وقفه في سبيل الله وابو يوسف معه ايضا
في ذلك على ما قالوا وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لما بينا من قبل من شرط التابيد والمنقول لا يتابد وجه
الاستحسان الاثار المشهورة فيه اي في الكراع والسلاح منها قوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين عن ابي هريرة
بعث النبي صلى الله عليه وسلم عمر بن الخطاب على الصدقات فمنع ابن جميل وخالد بن الوليد والعباس فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ينقم ابن جميل الا ان كان فقيرا فاغناه الله واما خالد فانكم تظلمون خالدا
وقد احتبس ادراعه واعتده في سبيل الله واما العباس عم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي علي ومثلها
ثم قال اما شعرت ان عم الرجل صنو ابيه. واما ما ذكره المصنف من ان طلحة حبس دروعه وفي رواية اكراعه
فلم يعرف وكذا لم يعرف جمعه على كراع لان فعالا لا يجمع على افعال بل على افعل كعقاب واعقب وانما
ذكره في الصحاح صيغتي جمع قال والجمع اكرع ثم اكارع الا ان الطبراني اخرج عن ابن المبارك ثنا حماد بن زيد
عن عبد الله بن المختار عن عاصم بن بهدلة عن ابي وايل قال لما حضرت خالد بن الوليد الوفاة قال لقد طلبت
القتل فلم يقدر لي الا ان اموت على فراشي وما من عملي ارجى من لا اله الا الله وانا متترس بها ثم قال اذا انا مت
فانظروا سلاحي وفرسي فاجعلوه عدة في سبيل الله وذكر هذا الحديث بهذا السند في تاريخ ابن كثير وقال
فيه ما من عمل شيء ارجى عندي بعد لا اله الا الله من ليلة بتها وانا متترس والسماء تهلني ننتظر الصبح حتى نغير
على الكفار واذا عرف هذا فالابل تدخل في حكمه بالدلالة لان العرب يغزون عليها مع انه روي ان ام معقل
جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابا معقل جعل ناضحه في سبيل الله واني اريد الحج
افاركبه فقال صلى الله عليه وسلم اركبيه فان الحج والعمرة في سبيل الله. والحاصل ان وقف المنقول تبعا
للعقار يجوز واما وقفه مقصودا ان كان كراعا او سلاحا جاز وفيما سوى ذلك ان كان مما لم يجر التعامل بوقفه
كالثياب والحيوان ونحوه والذهب والفضة لا يجوز عندنا وان كان متعارفا كالجنازة والفاس والقدوم
وثياب الجنازة وما يحتاج اليه من الاواني والقدور في غسل الموتى والمصاحف قال ابو يوسف لا يجوز
وقال محمد يجوز واليه ذهب عامة المشايخ منهم الامام السرخسي كذا في الخلاصة. وفي فتاوي القاضي وقف
بناء بدون ارض قال هلال لا يجوز انتهى لكن في الخصاف ما يفيد ان الارض اذا كانت متقررة للاحتكار
جاز فانه قال في رجل وقف بناء دار له دون الارض انه لا يجوز قيل له فما تقول في حوانيت السوق ان وقف
رجل حانوتا منها قال ان كانت الارض اجارة في ايدي القوم الذين بنوها لا يخرجهم السلطان عنها فالوقف
جائز لانا رايناها في ايدي اصحاب البناء يتوارثونها وتقسم بينهم لا يتعرض لهم السلطان ولا يزعجهم عنها
وانما له غلة ياخذها وتداولها الخلفاء ومضى عليها الدهور وهي في ايديهم يتبايعونها ويواجرونها وتجوز
فيها وصاياهم ويهدمون بناها ويبنون غيره فما دام ما كان مثل ذلك جاز وقف البنيان فيه والا فلا وذكر
في موضع اخر من فتاوي قاضيخان اذا بنى قنطرة للمسلمين جاز ولا يكون بناؤها ميراثا ثم ذكر انه انما خص البناء
بذلك لان العادة ان يتخذ على جنبي النهر العام يعني وذلك غير مملوك ثم قال وهذه المسئلة دليل على جواز
وقف البناء بدون الاصل ثم نقل عن الاصل ان وقف البناء بدون اصل الدار لا يجوز ولا يجوز وقف البناء في ارض
هي عارية او اجارة وان كانت ملكا للواقف للبناء جاز عند البعض. وعن محمد اذا كان البناء في ارض وقف جاز على
الجهة التي تكون الارض وقفا عليها ذكر الكل في الفتاوي واطلاق الاجارة يعارض قول الخصاف في ارض الحوز
اللهم الا ان يجعل تخصيصها بسبب انها صارت كالاملاك على ما ذكره وسمعته. وفي الخلاصة اذا وقف مصحفا
على اهل المسجد لقراءة القران ان كانوا يحصون جاز وان وقف على المسجد جاز ويقرا في ذلك المسجد وفي موضع
اخر ولا يكون مقصورا على هذا المسجد واما وقف الكتب فكان محمد بن سلمة لا يجيزه ونصير بن يحيى يجيزه ووقف
كتبه والفقيه ابو جعفر يجيزه وبه ناخذ ووجه قول ابي يوسف ان القياس اباه والنص ورد في الكراع والسلاح
على خلافه فيقتصر عليه ومحمد رحمه الله يقول القياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع وقد وجد التعامل في هذه

الاشيا وعلى قول محمد اكثر فقهاء الامصار وما لا تعامل فيه لا يجوز وقفه عندنا وقال الشافعي رحمه الله
كلما امكن الانتفاع به مع بقاء اصله ويجوز بيعه يجوز وقفه وهذا قول مالك واحمد ايضا واما وقف
ما لا ينتفع به الا بالاتلاف كالذهب والفضة والماكول والمشروب فغير جائز في قول عامة الفقهاء والمراد
بالذهب والفضة الدراهم والدنانير وما ليس حليا واما الحلي فيصح وقفه عند احمد والشافعي لان
حفصة رضي الله عنها ابتاعت حليا بعشرين الفا فحبسته على نساء الخطاب فكانت لا تخرج زكوته وعن احمد
لا يصح وقفه وانكر الحديث ذكره ابن قدامة في المغني وحاصل وجه الجماعة القياس على الكراع وعارضه
المصنف بان حكم الوقف الشرعي التابيد ولا تابيد بغير العقار غير انه ترك في الجهاد لانه سنام الدين فكان
معنى القربة فيهما اقوى فلا يلزم من شرعية الوقف فيهما شرعيته فيما هو دونهما ولا يلحق دلالة ايضا
لانه ليس في معناهما واذا عرفت هذا فقد زاد بعض المشايخ اشياء من المنقول على ما ذكره محمد لما راوه
من جريان التعامل فيها ففي الخلاصة وقف بقرة على ان ما يخرج من لبنها وسمنها يعطى لابناء السبيل
قال ان كان ذلك في موضع غلب ذلك في اوقافهم رجوت ان يكون جايزا وعن الانصاري وكان من اصحاب
زفر فيمن وقف الدراهم او الطعام او ما يكال او ما يوزن ايجوز ذلك قال نعم قيل وكيف قال
يدفع الدراهم مضاربة ثم يتصدق بها في الوجه الذي وقف عليه وما يكال وما يوزن يباع ويدفع
ثمنه مضاربة او بضاعة قال فعلى هذا القياس اذا وقف هذا الكر من الحنطة على شرط ان يقرض
للفقراء الذين لا بذر لهم ليزرعوه لانفسهم ثم يوخذ منهم بعد الادراك قدر القرض ثم يقرض لغيرهم
من الفقراء ابدا على هذا السبيل يجب ان يكون جايزا قال ومثل هذا كثير في الري وناحية دنباوند
والاكسية واسترة الموتى اذا وقف صدقة ابدا جاز فتدفع الاكسية للفقراء فينتفعون بها في
اوقات لبسها ولو وقف ثورا لانزاء بقرهم لا يصح ثم اذا عرف جواز وقف الفرس والجمل في سبيل الله
فلو وقفه على ان يمسكه ما دام حيا ان امسكه للجهاد له ذلك لانه لو لم يشترط كان له ذلك لان الجاعل
في السبيل ان يجاهد عليه وان اراد ان ينتفع به في غير ذلك لم يكن له ذلك وصح جعله للسبيل يعني
يبطل الشرط ويصح وقفه ولا يواجر فرس السبيل الا اذا احتيج الى نفقته فيواجر بقدر ما ينفق عليه
قال في الخلاصة وهذه دليل على ان المسجد اذا احتاج الى نفقة يواجر قطعة منه بقدر ما ينفق عليه
انتهى وهذا عندي غير صحيح لانه يعود الى النقض الذي لاجله استثنى ابو يوسف المسجد من وقف المشاع
وهو ان يتخذ مسجدا يصلى فيه عاما واصطبلا يربط فيه الدواب عاما ولو قيل انما يواجر لغير ذلك
فنقول غاية ما يكون للسكنى ويستلزم جواز المجامعة فيه واقامة الحايض والجنب فيه ولو قيل لا يواجر
لذلك فكل عمل يواجر له فيه تغيير احكامه الشرعية ولا شك ان باحتياجه الى النفقة لا تتغير احكامه
الشرعية ولا يخرج به عن ان يكون مسجدا نعم ان خرب ما حوله واستغنى عنه فحينئذ لا يصير مسجدا عند محمد
خلافا لابي يوسف واما اذا لم يكن كذلك فيجب عمارته من بيت المال لانه من حاجة المسلمين وفي الخلاصة
ايضا يجوز وقف الغلمان والجواري على مصالح الرباط واذا زوج السلطان والقاضي جارية الوقف
يجوز فلو زوج عبد الوقف لا يجوز والفرق ظاهر وهو ان في الاول اكتسابا للوقف دون الثاني
ولهذا لو زوج امة الوقف من عبد الوقف لا يجوز **ومن فروع وقف المنقول** وقف دارا
فيها حمامات يخرجن ويرجعن يدخل في وقفها الحمامات لا الاهلية قال الفقيه هو كوقف الضيعة مع الثيران

وسئل ابو بكر

وسئل ابو بكر عن وقف شجرة باصلها والشجرة مما ينتفع باوراقها وثمرها قال الوقف جايز وينتفع
بثمرها ولا يقطع باصلها الا ان تفسد اغصانها فان لم ينتفع باوراقها وثمرها فانها تقطع ويصرف ثمنها
الى سبيله فان نبت ثانيا والا غرس مكانها وسئل ابو القاسم الصفار عن شجرة وقف يبس بعضها وبقي بعضها
فقال ما يبس منها فسبيله سبيل غلتها وما بقي متروك على حالها **قوله** واذا صح الوقف اي لزم وهذا
يويد ما قدمناه في قول القدوري واذا صح الوقف خرج من ملك الواقف ثم قوله لم يجز بيعه ولا تمليكه
هو باجماع الفقهاء الا ان يكون مشاعا فيطلب شريكه القسمة عند ابي يوسف فيصح مقاسمته اما
امتناع التمليك فلما بينا من قوله عليه الصلوة والسلام تصدق باصلها لا يباع ولا يورث ولا يوهب
ومن المعنى وهو ان الحاجة ماسة الى اخره ولانه باللزوم خرج عن ملك الواقف وبلا ملك لا يتمكن من
البيع واما جواز القسمة اي عندهما فان على قول ابي حنيفة لا يجوز وان قضى القاضي بصحة وقف المشاع
لانها مبادلة ومعنى المبادلة هو الراجح في غير المثليات فلانها تمييز معنى وافراز غاية الافراز الغالب في
غير المكيل والموزون معنى المبادلة الا ان في الوقف جعلنا الغالب معنى الافراز نظرا للوقف فلم يكن بيعا
وتمليكا ثم ان وقف نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم شريكه لان الولاية للواقف عند ابي يوسف و
المشاع انما يجوز على قوله ولو طلب الشريك القسمة بعد موته فالقسمة الى وصيه وان وقف نصف عقار
خالص له فللقسمة طريقان احدهما ان يقاسمه القاضي بان يرفع الامر اليه ويطلب منه القسمة فيامر
رجلا ان يقاسمه الثاني ان يبيع نصيبه الباقي من رجل ثم يقاسم المشتري ثم يشتري ذلك منه ان احب وهذا
لان الواحد لا يصلح ان يكون مقاسما ومقاسما ولو كان في القسمة فضل دراهم بان كان احد النصيبين اجود
من الاخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان كان الاخذ للدراهم هو الواقف بان كان النصف الذي هو غير الوقف
هو الاحسن لا يجوز لانه يصير بايعا بعض الوقف وبيع الوقف لا يجوز وان كان الاخذ شريكه بان كان النصيب
الوقف احسن جاز لان الواقف مشتر لا بايع فكانه اشترى بعض نصيب شريكه فوقفه فقوله ان اعطى الواقف لا
يجوز يصح على بنايه للمفعول ورفع الواقف ويصح على بنايه للفاعل ونصب الواقف لان المعنى فيهما انه اخذ
الدراهم واعلم ان عدم جواز البيع في غير القسمة فيما اذا كان قايما عامرا اما اذا انهدم ولا حاصل يعمر به فيجوز
لانه يرجع الى ملك الواقف ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وقال الصدر الشهيد في جنس هذه المسايل
نظر يعني لان الوقف بعد ما خرج الى الله تعالى لا يعود الى ملك الواقف وانت تعلم ان قول محمد برجوعه
الى ملك الواقف اولى من قوله في المسجد لان خلوصه لله اقوى من غيره من الاوقاف ولان ذلك بشرط الفايدة
وقد يتحقق انتفاؤها اذا لم يكن له ريع يعادله ولا يوجد من يستاجره ويعمره ومن ذلك حانوت احترق في
السوق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر البتة وحوض محلة خرب وصار بحال لم تمكن عمارته فهو للواقف
ولورثته فان كان واقفه وورثته لا تعرف فهو لقطة كذا في الخلاصة زاد في فتاوى الخاصي اذا كان كاللقطة
يتصدقون به على فقير ثم يبيعه الفقير فينتفع بثمنه وعلى هذا فانما يصير لبيت المال اذا عرف الواقف وعرف
موته وانقراض عقبه وروي عن محمد اذا ضعفت الارض عن الاستغلال ويجد القيم بثمنها اخرى هي اكثر
ريعا كان له ان يبيعها ويشتري بثمنها ما هو اكثر ريعا واما قول طايفة من المشايخ فيما اذا خاف المتولي
على الوقف من وارث او سلطان يغلب عليه قال في النوازل يبيعها ويتصدق بثمنها قال وكذا كل قيم خاف
شيا من ذلك قالوا فالفتوى على خلافه لان الوقف بعد ما صح بشرايطه لا يحتمل البيع وهذا هو الصحيح حتى ذكر في

جوز وقف في دار وقف حريت الدار لا تباع الشجرة لعمارة بل تكرى الدار ويستعان بنفس الجوز على العمارة
ثم جاز بيع الاشجار الموقوفة لا يجوز قبل القلع بل بعده هكذا عن الفضلي في الاشجار المثمرة وفي غير المثمرة قال اذا لم
يجوز قبل القلع لانها هي الغلة وبناء الوقف والنبات لا يجوز قبل الهدم والقلع كالثمرة كذا قيل والوجه
يقتضي اذا الغبن البيع كونه قبل الهدم دفعا لزيادة مؤنة الهدم الا ان تزيد القيمة بالهدم وفي زوايا
ابي بكر بن حامد اجمع العلماء على جواز بيع بناء الوقف وحصيره اذا استغنوا عنه **قوله** والواجب ان يبتدا
من ارتفاع الوقف بعمارته سواء شرط الواقف ذلك او لم يشترط لان الغرض لكل واقف وصول الثواب مؤبدا
وذلك بصرف الغلة مؤبدا ولا يمكن ذلك بلا عمارة فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ولهذا ذكر محمد رحمه الله
في الاصل في شيء من رسم الصكوك فاشترط ان يرفع الوالي من غلته كل عام ما يحتاج اليه لاداء العشر والخراج
والبذر وارزاق الولاة عليها والعملة واجور الحراس والحصادين والدراسين لان حصول منفعتها في
كل وقت لا يتحقق الا بدفع هذه المؤن من راس الغلة قال شمس الايمة وذلك وان كان يستحق بلا شرط عندنا
لكن لا يؤمن جهل بعض القضاة فيذهب رايه الى قسمة جميع الغلة فاذا شرط ذلك في صكه يقع الامن بالشرط
قال المصنف ولان الخراج بالضمان اي الانتفاع بخراج الشيء كغلة العبد والدابة ونحو ذلك بقيام الشيء
اي لكون ذلك الشيء لو تلف تلف من ضمان المستغل وروى ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري
عن ابن ابي ذويب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عايشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى ان الخراج بالضمان
قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل يشتري المملوك فيستغله ثم يجد به عيبا كان عند البائع فقضى انه يرد
العبد على البائع بالعيب ويرجع بالثمن فياخذه وتكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت لانه كان ضامنا
للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده انتهى ولهذا الحديث نقض عمر بن عبد العزيز قضاءه
حين قضى بالغلة للبائع وهذا الحديث من جوامع الكلم وفي معناه الغرم بالغنم وقد جرى لفظه مجرى
المثل واستعمل في كل مضرة بمقابلة منفعة وقوله وصار اي عمارة الوقف كنفقة العبد الموصى بخدمته
فانها تكون على الموصى له بها **قوله** ثم ان كان الوقف على الفقرا لا يظفر بهم لا يتصور ان يلزموا العمارة اجماعا
ولعشرتهم لا قرب اموالهم هذه الغلة الكائنة للوقف فيجب العمارة فيها وان كان الوقف على رجل بعينه
او رجال واخره للفقرا فهو في ماله اي بماله شاء في حيوته فاذا مات فمن الغلة ولا يؤخذ من الغلة عينا
لانه متعين يمكن مطالبته ثم هو يعطي ان شاء من الغلة وان شاء من غيرها ثم العمارة المستحقة عليه انما
هي بقدر ما يبقى الموقوف بها على الصفة التي وقف عليها فاما الزيادة فليست مستحقة فلا تصرف في العمارة
الا برضاه ولو كان الوقف على الفقرا فكذلك عند البعض اي لا يزاد على الصفة التي كان عليها وعند اخرين
يجوز ذلك اي الزيادة والاول اصح لانه صرف حق الفقرا الى غير ما يستحق عليهم ولا تؤخر العمارة اذا احتيج
اليها وتقطع الجهات الموقوف عليها لها الا ان لم يخف ضرر بين فان خيف قدم واما الناظر فان كان
المشروط له من الواقف فهو كاحد المستحقين فاذا قطعوا العمارة قطع الا ان يعمل فياخذ قدر اجرته وان لم
يعمل لا ياخذ شيا قال الامام فخر الدين قاضي خان وقف ضيعة على مواليه ومات فجعل القاضي الوقف
في يد قيم وجعل له عشر الغلات مثلا وفي الوقف طاحونة في يد رجل بالمقاطعة لا حاجة فيها الى القيم
واصحاب الطاحونة يقسمون غلتها لا يجب للقيم فيها ذلك العشر لان القيم لا ياخذ ما ياخذه الا بطريق
الاجر فلا يستوجب الاجر بلا عمل انتهى فهذا عندنا فيمن لم يشرط له الواقف اما اذا شرط كان من جملة الموقوف

عليهم **قوله** فان وقف دارا على سكنى ولده او غير ولده فالعمارة على من له السكنى لان الخراج بالضمان
وصار كالعبد الموصى بخدمته فان امتنع من ذلك او كان فقيرا آجره الحاكم وعمرها باجرتها ثم ردها الى من له
السكنى لان في ذلك رعاية الحقين حق الواقف وحق صاحب السكنى لانه لو لم يعمرها تفوت السكنى اصلا
والاول وهو العمارة اولى من الثاني وهو عدم عمارتها المدلول عليه بقوله لو لم يعمرها لان الجمع بين
المصلحتين اولى من ابطال احديهما ولا يجبر الممتنع على العمارة لما فيه من الزام الضرر باتلاف ماله فاشبه
امتناع صاحب البذر فيما اذا عقدا عقد المزارعة وبينا من عليه البذر فامتنع من عليه البذر عن العمل
لا يجبر عليه لذلك ثم لا يكون امتناعه رضى منه ببطلان حقه لان امتناعه في حيز التردد يعني دلالة الامتناع
على الرضى باسقاط حقه مترددة فيها لجواز كون امتناعه لعدم القدرة على العمارة او لرجائه اصلاح
القاضي كما يجوز كونه لرضاه بابطال حقه واما قال آجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله
بقوله لانه غير مالك وفي تقريره طريقان احدهما انه ليس بمالك المنفعة بل ابيح له الانتفاع وهذا
ضعيف فان للموقوف عليه السكنى ان يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة في وقف
الخصاف والآخر انه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة
فلا يتحقق ملكها ليملكها فاقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو
مشكل لانه يقتضي ان لا تصح اجارة المستاجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه
السكنى والاعارة لكنه يصح والاملاك اكثر مما ملك بخلاف الاعارة وهذا الوجه والذي قبله تفيد
ان لا فرق بين الموقوف عليه السكنى وغيره حتى ان الموقوف عليه الدار المستحقة للغلة ايضا لانه ليس له
ان يواجر لانه ليس بمالك للعين فلا يمكن اقامة العين مقام منافعها ليرد عليه عقد الاجارة بل انما ملكه
من المنافع بلا بدل ونص الاستروشني انه راى في المنقول ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز وانما يملك
الاجارة المتولي او القاضي ونقل عن الفقيه ابي جعفر انه ان كان الاجر كله للموقوف عليه اذا كان
الوقف لا يسترم تجوز اجارته وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف شرط
تقديم العشر والخراج وساير المؤن فليس للموقوف عليه ان يواجر وان لم يشرط ذلك فيجب ان يجوز
ويكون الخراج والمؤنة عليه هذا ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضي من
يستاجرها لم ار حكم هذه في المنقول من المذهب والحال فيها يودي الى ان يصير نقضا على الارض
كوما تسفوه الرياح وخطر لي ان يخيره القاضي بين ان يعمرها يستوفي منفعتها وبين ان يردها الى ورثة
الواقف والله اعلم **قوله** وما انهدم من بناء الوقف وآلته وهو بالجر كالخشب والقصب وقد
يضم عطفا على ما صرفه الحاكم الى عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج اليه
وانت تعلم ان بالانهدام تحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط في قوله ان احتاج اليه
وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا في الحال صرفه اليها
والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يخل بالانتفاع بالوقف
ولا يفتقر به من ذلك فيكون وجوده كعدمه فيؤخر حتى يحصل او يجب العمارة وان تعذرت اعادته
بان خرج من الصلاحية لذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه في ذلك اقامة للبدل مقام المبدل
ولا يقسمه بين مستحقي الوقف لانه من عين الوقف ولا حق لهم في العين الموقوفة لانها حق الله تعالى

وحقهم في الغلة فقط واعلم ان عدم جواز بيعه الا اذا تعذر الانتفاع به انما هو فيما ورد عليه
وقف الواقف اما فيما اشتراه المتولي من مستغلات الوقف فانه يجوز بيعه بلا هذا الشرط وهذا
لان في صيرورته وقفا خلافا والمختار انه لا يكون وقفا فللقيم ان يبيعه متى شا لمصلحة عرضت
قوله واذا جعل الواقف غلة الوقف لنفسه او جعل الولاية اليه جاز عند ابي يوسف فهذان
فصلان ذكرهما القدوري شرط الغلة لنفسه وجعل الولاية اليه اما الاول فهو جائز على قياس
قول ابي يوسف وهو قول احمد وابن ابي ليلى وابن شبرمة والزهري ومن اصحاب الشافعي ابن
سريج ولا يجوز على قياس قول محمد وهو قول هلال الراي وهو هلال بن يحيى بن مسلم البصري
وانما نسب الى الراي لانه كان على مذهب الكوفيين ورايهم وهو من اصحاب يوسف بن خالد السمتي
البصري ويوسف هذا من اصحاب ابي حنيفة وقيل ان هلالا اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر
ووقع في المبسوط والذخيرة وغيرهما الرازي وفي المغرب هو تحريف بل هو الراي بتشديد الراء
لانه من البصرة لا من الري والرازي نسبة الى الري وهكذا صحح في مسند ابي حنيفة وعزم ويقول
احمد قال الشافعي ومالك والخلاف في شرط كل الغلة لنفسه وبعده على الفقرا او بعضها وبعده للفقرا
ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الخلاف في اشتراط القبض اي قبض المتولي فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة
لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشترطه ابو يوسف لم يمنعه
وقيل مسلة مبتداة غير مبنية وهو اوجه ثم وصل المصنف بهذه الخلافية ما اذا شرط الغلة لامهات
اولاده ومدبريه ما داموا احيا فاذا ماتوا كانوا للفقرا ابدا على جعل الخلاف المعلوم جاريا فيها على ما صححه
المصنف وقيل بل صحة شرط الغلة لامهات اولاده ومدبريه بالاتفاق وهو الاصح وما قاله المصنف مخالف
لما في المبسوط والمحيط والذخيرة والتتمة وفتاوى قاضيخان فان الكل جعلوا الصحة بالاتفاق وفرق في
المبسوط لمحمد رحمه الله بين شرط الغلة لنفسه حيث لا يجوز ولامهات اولاده حيث يجوز مع ان شرطه لهن
ولمدبريه كشرطه لنفسه بان حريتهم تثبت بموته فيكون الوقف عليهم كالوقف على الاجانب ويكون ثبوته لهم
حالة حيوته تبعا لما بعد موته كما قال ابو حنيفة في اصل الوقف اذا قال في حيوتي وبعد وفاتي يلزم واما
لو وقف على عبيده واماييه فلا يجوز عند محمد لانهم لا يعتقون بموته فلا تبعية ويجوز عند ابي يوسف كشرطه
لنفسه وجه قول محمد رحمه الله ان الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة او للسكنى فاشتراط البعض او الكل
لنفسه لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على ان يكون
بعضه لي لم يجز لعدم الغايبة اذ لم يكن مملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا في الصدقة
الموقوفة وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه بيتا ولابي يوسف ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان ياكل
من صدقته والمراد صدقته الموقوفة ولا يحل الاكل منها الا بالشرط فان الاجماع على ان الواقف اذا لم
يشرط لنفسه الاكل منها لا يحل له ان ياكل منها وانما الخلاف فيما اذا شرطه والحديث المذكور بهذا اللفظ
لم يعرف الا ان في مصنف ابن ابي شيبة ثنا ابن عيينة عن ابن طاوس عن ابيه ان حجرا المدري اخبره
ان في صدقة النبي صلى الله عليه وسلم ياكل منها اهلها بالمعروف غير المنكر ولان الوقف ازالة الملك
الى الله تعالى فاذا شرط البعض او الكل لنفسه فقد جعل ما صار مملوكا لله لنفسه كذا قرره المصنف وعلى
ما سلفنا في اشتراط التسليم الى المتولي عند محمد ينبغي ان تقرر هكذا الموقوف ازالة الملك الكاين العين

واسقاطه لا الى مالك ابتغاء مرضات الله تعالى على وجه يعتبر فيه شرطه الغير المنافي للقربة والشرع
وشرط النفقة على نفسه منه لا ينافي ذلك كما اذا بنى خانا وشرط ان ينزل فيه او سقاية وشرط
ان يشرب منها او مقبرة وشرط ان يدفن فيها قال صلى الله عليه وسلم نفقة الرجل على نفسه صدقة
روي معنى هذا الحديث من طرق كثيرة يبلغ بها الشهرة فروى ابن ماجة من حديث المقدام بن معدي
كرب عنه عليه السلام قال ما كسب الرجل كسبا اطيب من عمل يده وما انفق الرجل على نفسه واهله
وولده وخادمه فهو له صدقة واخرجه النسائي عن بقية عن بحير بلفظ ما اطعمت نفسك فهو لك
صدقة الحديث **واخرج** ابن حبان في صحيحه عن ابي سعيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما
رجل كسب مالا حلالا فاطعمه نفسه او كساها فمن دونه من خلق الله تعالى فان له به زكوة ورواه الحاكم الا انه
قال فانه له زكوة وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه واخرج الحاكم ايضا والدارقطني عن جابر قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم كل معروف صدقة وما انفق الرجل على نفسه واهله فهو له صدقة وما
وقى به عرضه صدقة الحديث وفيه فقلت لمحمد بن المنكدر ما معنى وقى به عرضه قال ان يعطي الشاعر
وذا اللسان المتقي وقال صحيح الاسناد واخرج الطبراني عن ابي امامة عنه عليه الصلوة والسلام قال
من انفق على نفسه نفقة فهي له صدقة ومن انفق على امراته واهله وولده فهو له صدقة وفي صحيح مسلم
عن جابر انه عليه الصلوة والسلام قال لرجل ابدا بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلاهلك الحديث
فقد ترجح قول ابي يوسف قال الصدر الشهيد والفتوى على قول ابي يوسف ونحن ايضا نفتي بقوله
ترغيبا للناس في الوقف واختاره مشايخ بلخ وكذا ظاهر الهداية حيث اخر وجهه ولم يدفعه ومن
صور الاشتراط لنفسه ما لو قال على ان يقضي دينه من غلته وكذا اذا قال اذا حدث على الموت وعلي دين
يبدا من غلة هذا الوقف بقضاء ما علي فما فضل فعلى سبيله كل ذلك جايز وفي وقف الخصاف اذا شرط
ان ينفق على نفسه وولده وحشمه وعياله من غلة هذا الوقف فجاءت غلته فباعها وقبض ثمنها ثم
مات قبل ان ينفق ذلك هل يكون ذلك لورثته او لاهل الوقف قال يكون لورثته لانه قد حصل
ذلك وكان له فقد عرف ان شرط بعض الغلة لا يلزم كونه بعضا معينا كالنصف والربع وكذلك اذا
قال اذا حدث على فلان الموت يعني الواقف نفسه اخرج من غلة هذا الوقف في كل سنة من عشرة اسهم
مثلا سهم يجعل في الحج عنه او في كفارات ايمانه وفي كذا وكذا وسمى اشيا او قال اخرج من هذه الغلة
في كل سنة كذا وكذا درهما للتصرف في هذه الوجوه ويصرف الباقي في كذا وكذا على ما سبله **قوله**
ولو شرط ان يستبدل بها ارضا اخرى تكون وقفا مكانه فهو جايز عند ابي يوسف وهلال
والخصاف وهو استحسان وكذا لو قال على ان ابيعها واشتري بثمنها اخرى مكانها وقال محمد يصح
الوقف ويبطل الشرط وليس له بعد استبداله مرة ان يستبدل ثانيا لانتهاء الشرط بمرة الا ان يذكر
عبارة تفيد له ذلك دايما وكذا ليس للقيم الاستبدال الا ان ينص له بذلك وعلى وزان هذا لو شرط
لنفسه ان ينقص من المعاليم اذا شا ويزيد ويخرج من شا ويستبدل به كان له ذلك وليس لقيمه الا
ان يجعله له واذا ادخل واخرج مرة ليس له ثانيا الا بشرطه ولو شرطه للقيم ولم يشرطه لنفسه كان له
ان يستبدل بنفسه لان افادته الولاية لغيره بذلك فرع كونه يملكها ولو قيد شرط الاستبدال للقيم بحياة
الواقف ليس له ان يستبدل بعد موته وفي فتاوي قاضيخان قول هلال وابي يوسف هو الصحيح لان هذا

شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يقبل الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا غصبها غاصب
واجرى عليها الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري بها ارضا اخرى فتكون وقفا
مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها بحيث لا تحتمل الزراعة ولا تفضل غلتها عن مؤنتها ويكون صلاح
الارض في الاستبدال بارض اخرى وفي نحو هذا عن الانصاري صحة الشرط لكن لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي
للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة في الوقف ان ياذن في بيعها اذا رآه انظر لاهل الوقف واذا كان حاصله
اثبات وقف آخر لم يكن شرطا فاسدا وهو اشتراط عدم حكمه وهو التابيد بل هو تابيد معنى ولا ينافي الحكم الذي
هو صحة الخروج عن ملكه فلا يمكنه بيعه لانا نقول حكم ذلك على وجه ينفذ فيه شرطه الذي شرط في اصل
الوقف اذا لم يخالف امرا شرعيا وقد بينا ان شرط الاستبدال لا يخالفه فوجب اعتباره وكون شمس الائمة
ذكر مسئلة ثم قال ولهذا تبين خطا من يجوز استبدال الوقف وكذا ما عن ظهير الدين رجوعه عنه بعد
ان كان يفتي به لا يوجب اتباعه مع قيام وجه غيره ولو ارى بتجويز الاستبدال بغير شرط الاستبدال
فيما اذا كان احسن للوقف كان حسنا والحاصل ان الاستبدال اما عن شرطه الاستبدال وهو مسئلة
الكتاب او لا عن شرطه فان كان لخروج الوقف عن انتفاع الموقوف عليهم به فينبغي ان لا يختلف فيه كالصورتين
المذكورتين لقاضي خان وان كان لا لذلك بل اتفق انه امكن ان يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه
منتفعا به فينبغي ان لا يجوز لان الواجب ابقاء الوقف على ما كان عليه دون زيادة اخرى ولانه لا موجب
لتجويزه لان الموجب في الاول الشرط وفي الثاني الضرورة ولا ضرورة في هذا اذ لا تجب الزيادة فيه بل
تبقيته كما كان ولعل محمل ما نقل عن السير الكبير من قوله استبدال الوقف باطل الا في رواية عن ابي يوسف
هذا الاستبدال والاستبدال بالشرط مذهب ابي يوسف المشهور عنه المعروف لا مجرد رواية والاستبدال
الثاني ينبغي ان لا يختلف فيه كما قلنا **وفي** فتاوى قاضي خان اجمعوا ان الواقف اذا شرط الاستبدال لنفسه
يصح الشرط والوقف وعلى الاستبدال اما بلا شرط اشار في السير الى انه لا يملكه الا القاضي ولا يخفى
ان محل الاجماع المذكور كون الاستبدال لنفسه اذا شرطه له وفي القاضي فيما لا شرط فيه لا في اصل الاستبدال
والا فهو قد نقل الخلاف وعرف من هذا ان محل ما ذكرناه عن الانصاري ما اذا لم يشترطه لنفسه ثم
اذا اشترى البدل للوقف صار وقفا ولا يتوقف وقفيته على ان يقفه بلفظ يخصه ولبس للقيم ان يوصي
بالاستبدال لمن يوصي اليه عند موته بالوقف **ومن فروع** الاستبدال لو قال على ان يبيعها بقليل
او كثير او على ان ابيعها واشتري بثمنها عبدا نص هلال على فساد الوقف كانه قال على ان ابطلها ولو اقتصر
على قوله على ان ابيعها واشتري بثمنها ارضا جاز استحسانا واذا قال على ان استبدل ارضا اخرى ليس له
ان يجعل البدل دارا وكذا على العكس ولو قال بارض من البصرة ليس له ان يستبدل من غيرها لان الاماكن
قد تختلف في جودة الارض وينبغي ان كانت احسن ان يجوز لانه خلاف الى خير ولو شرط الاستبدال
ولم يذكر شيئا استبدل بما شاء من العقار خاصة ولو باع الوقف بغبن فاحش لا يجوز البيع ولو قبض
الثمن ثم مات ولم يبين حاله فهو دين في تركته وكذا لو استهلكه اما لو ضاع الثمن في يده فلا ضمان عليه
ولو اشتري بالثمن عرضا مما لا يكون وقفا فهو له والدين عليه ولو وهبه من المشتري صحت الهبة ويضمنه
في قول ابي حنيفة ومنعه ابو يوسف اما لو قبض الثمن ثم وهبه فالهبة باطلة اتفاقا ولو باعه بعرض
في قياس قول ابي حنيفة يصح وقال ابو يوسف وهلال لا يملك البيع الا بالنقد او بارض تكون وقفا مكانها

واذا باع الوقف ثم عاد اليه بما هو فسخ من كل وجه كان له ان يبيع ثانيا وان عادت بعقد جديد لا يملك
بيعها لانها صارت وقفا فكانه اشترى غيرها الا ان يكون عمم لنفسه الاستبدال ولو ردت بعيب بقضاء
او بغير قضاء بعد القبض او قبل القبض بقضاء عادت وقفا وكذا اذا قال المشتري قبل القبض او
بعده فله ان يصنع بالاخرى ما شاء ولو استحقت الاولى في القياس تبقى الثانية وقفا وفي الاستحسان لا
لان الثانية كانت وقفا بدلا عن الاولى وبالاستحقاق انتقضت تلك المبادلة من كل وجه فلا تبقى
الثانية وقفا ولو شرط لنفسه ان يستبدل فوكل به جاز ولو اوصى به عند موته لم يكن للوصي ذلك
لان في الوكالة هو حي لو نكل خلل امكنه الاستدراك بخلاف الوصي ولو شرط الاستبدال لنفسه
مع آخر على ان يستبدلا معا فتفرد بذلك الرجل لا يجوز ولو تفرد الواقف جاز لانه هو الذي شرطه
لذلك وما شرط لغيره فهو مشروط له كما لو نصب قاضيا بلدين كل فيما كان لكل ان يتصرف وحده ولو
ان احد هذين القاضيين اراد ان يعزل الذي اقامه القاضي الآخر فان ان رأى المصلحة في ذلك كان
له عزله والا فلا **قوله** ولو شرط اي الواقف الخيار لنفسه ثلاثة ايام بان قال وقفت ارضي هذه
على كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام جاز الوقف والشرط عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
الوقف باطل وهو قول الشافعي واحمد وهلال قال المصنف وهذا بناء على ما ذكرنا يريد الاصل المختلف
فيه اعني شرط التسليم فان محمدا لما شرط تمام القبض لينقطع حق الوقف فلا شك ان شرط الخيار يفوت
معه الشرط المذكور لانه لا يتصور معه تمام القبض واما ابو يوسف فلما لم يشترط تمام قبض منقول
انبنى عليه جواز شرط الخيار وروي عن ابي يوسف ان الوقف جائز والشرط باطل وهو قول يوسف بن
خالد السمتي لان الوقف كالاعتاق في انه ازالة الملك لا الى مالك ولو اعتق على انه بالخيار عتق وبطل
الشرط وكذا اجب هذا ولذا اتفقوا على ان شرط الخيار في المسجد يبطل ويتم وقف المسجد ومثل ذلك قال
الهندواني على قول محمد ينبغي ان يجوز الوقف ويبطل الشرط لانه شرط فاسد فلا يؤثر في المنع من الزوال
ولكن محمد يقول بتمام الرضى والقبض يتم الوقف ومع شرط الخيار لا يتم الرضى ولا القبض فكان كالاكراه
على الوقف فلا يتم معه بخلاف المسجد فان القبض ليس شرطا فيه عنده بل اقامة الصلاة فيه بجماعة وكذا
في الاعتاق فان القبض فيه ليس شرطا والحاصل انه ان تم له شرط التسليم في اصل الوقف تم له هذا وقد
منافيه وتقييد الخيار بثلاثة ايام ليس قيدا بل ان يكون معلوما حتى لو كانت مجهولة بان وقف على انه بالخيار
لا يجوز بالاتفاق ولذا روي عن ابي يوسف انه قال ان بين الخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت
له فالوقف والشرط باطلان ثم اذا لم يصح الوقف مع شرط الخيار عند محمد فلو ابطل الخيار قبل الثلث لم يصح
لان الوقف لا يجوز الا مؤبدا والخيار يمنع التابيد وكان شرط الخيار في نفس العقد بخلاف البيع فان الخيار
فيه لا يمنع جوازه بل يفسده اذا شرطه اكثر من ثلاثة ايام لامتناع لزوم العقد بعد الايام الثلاثة فلم يكن
الفساد في صلب العقد فاذا اسقطه قبل الثلث جاز ذكره في فتاوى قاضي خان ولا يبطل الوقف بالشروط
الفاسدة ولهذا لو وقف ارضا على رجل انه يقرضه دراهم جاز الوقف وبطل الشرط **وفي** فتاوى قاضي خان
ايضا قال الفقيه ابو جعفر اعتاق المشتري قبل القبض جائز وقيل نقد الثمن موقوف فكذا الوقف ولو
اشترى ارضا فوقفها ثم اطلع على عيب رجع بنقصان العيب ولا يكون للوقف بل له ان يصنع به ما شاء
فروع اشترى ارضا على انه بالخيار فوقفها ثم اسقط الخيار صح ولو كان الخيار للبائع فوقفها المشتري

ثم اسقط البايع الخيار لا يكون وقفا ولو وقفها البايع صح ولو وقف الموهوب له الارض قبل قبضها
ثم قبضها لا يصح الوقف وكذا لو وقفها الموصى له بها قبل موت الموصي ثم مات الموصي وكذا لو وقفها في
الشراء الفاسد قبل قبضها ثم قبضها قوله واما فصل الولاية فقد نص فيه اي القدوري على قول ابي يوسف
حيث قال اجعل الولاية اليه جاز على قول ابي يوسف وهو قول هلال ايضا قال المصنف وهو ظاهر
المذهب وذكر هلال في وقفه فقال وقال اقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم
يشترط لم يكن له ولاية قال مشايخنا الاشبه ان يكون قول محمد لان من اصله ان التسليم الى القيم شرط
لصحة الوقف فاذا سلم لم يبق له ولاية فيه فهذا يدل على انه لم يثبت لصريح محمد به ولهذا اطلق المصنف
قوله وهو ظاهر المذهب واورد على هذا ان مقتضى اشتراط محمد التسليم الى القيم ان لا يثبت للواقف
ولاية وان شرطها لنفسه لانه ينافي هذا الشرط اجيب بوجهين احدهما ان تاويل ذلك ان يكون شرط الولاية
لنفسه ثم سلمها المتولي فان الولاية تكون له عند محمد فانه ذكر في فتاوي قاضي خان ذكر محمد في السير انه اذا
وقف ضيعة واخرجها الى القيم لا يكون له ولاية بعد ذلك الا اذا كان شرط الولاية لنفسه واما اذا لم
يشترط في ابتداء الوقف فليس له ولاية بعد التسليم الى ان قال وهذه المسئلة بناء على ان عند محمد التسليم الى المتولي
شرط الوقف فلا يبقى له ولاية بعد هذا التسليم الا ان شرط الولاية لنفسه واما على قول ابي يوسف
التسليم ليس بشرط فكانت الولاية له وان لم يشترطها ومثل هذا الذي ذكره في الكتاب مذكور في الذخيرة
والتتمة والآخر ان معنى قول محمد ان شرط الولاية لنفسه فهي له انه اذا شرط الولاية لنفسه فهي له لانه
اذا شرط الولاية لنفسه يسقط شرط التسليم عند محمد ايضا لان شروط الواقف تراعى ومن ضرورته سقوط
التسليم قال في النهاية كذا وجدت في موضع بخط ثقة وقد منا نوعا اخر على اشتراط التسليم عند الكلام
عليه ثم استدل المصنف على قول ابي يوسف الذي جعله ظاهر المذهب بقوله ولنا ان المتولي انما يستفيد
الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا يكون له ولاية وغيره يستفيدها منه ولقائل ان يمنع استفادة
الولاية منه على تقدير كون التسليم شرطا لانه بالتسليم يخرج عن ملكه فيصير اجنبيا عنه فيجب كون الولاية
فيه للحاكم يولي فيه من شاء ممن يصلح لذلك وهو من لم يسال الولاية في الوقف وليس فيه فسق يعرف بناء على خلوه
الحق لله عز وجل لان الحاكم هو الذي يتولى حقوق الله تعالى وهو تخريج للشافعية فلابد لكون الولاية له بعد
خروجه عن ملكه وعدم اشتراطه لنفسه من دليل بخلاف ما اذا شرطها لنفسه وتقديم قوله ولانه
اقرب الناس الى الوقف فكان اولى بولايته دليلا على ذلك فان القاضي ليس اقرب منه اليه والغرض ان الواقف عدل
مامون فهو احق من القاضي لانه وان زال الملك فهو على وجه تعود منفعته للواقف بصرفه الى الجهات
التي عينها وهو افصح لنفسه من غيره فينتصب وليا وقوله كمن اتخذ مسجدا كان اولى بعمارته ونصب المؤذن
وكمن اعتق عبدا كان الولاء له لانه اقرب الناس اليه اما عمارته فلا خلاف يعلم فيه واما نصب المؤذن والامام
فقال ابو نصر فلاهل المحلة وليس الباني احق منهم بذلك وقال ابو بكر الاسكاف الباني احق بنصبهما
من غيره كالعمارة قال ابو الليث وبه ناخذ الا ان يريد اماما ومؤذنا والقوم يريدون الاصلح فلهم ان يفعلوا
ذلك كذا في النوازل ثم اذا شرط الواقف الولاية لنفسه وكان غير مامون على الوقف فللقاضي ان يخرجه
نظرا للفقراء كما له ان يخرج الوصي نظرا للصغار ولذا لو شرط ان ليس لسلطان ولا لقاض ان يخرجه عنه
ويولي غيره لا يلتفت الى شرطه اذا كان غير مامون لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل وصرح بان مما يخرج به

الناظر

الناظر ما اذا ظهر به فسق كشرب الخمر ونحوه وفي فتاوي قاضي خان لو جعل الواقف ولاية الوقف
الى رجلين بعد موته فاوصى احدهما الى صاحبه في امر الوقف ومات جاز تصرف الحي في جميع الوقف وعن
ابي حنيفة لا يجوز لانه انما رضي برايهما وفيها لو جعل ارضه وقفا في مرض الموت فجعل رجلا وصيا في نفسه
ولم يذكر من امر الوقف شيئا فان ولاية الوقف لا تكون الى الوصي ولو قال انت وصيي في امر الوقف فقط
قال ابو يوسف هو كما قال وقال ابو حنيفة هو وصي في الاشياء كلها فصل لما اختص المسجد
باحكام تخالف احكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند ابي حنيفة لا يشترط في زوال الملك عن المسجد
حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند ابي يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولي عند محمد افرده
بفصل على حدته واخره هذا ويمكن ان يجعل من ذلك ايضا ما لو اشترى ارضا شراء فاسدا وقبضها
ثم وقفها على الفقراء جاز وعليه قيمتها للفقراء ولو اتخذها مسجدا قال الفقيه ابو جعفر ذكر محمد في كتاب
الشفعة انه لو اشترى ايضا شراء فاسدا وبناها وبنى المسجد جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وعليه قيمتها
للبايع وقول ابي يوسف ومحمد ينقض البناء وترد الارض الى البايع بفساد البيع قال فاشتراط البناء
له دليل على ان لا يكون مسجدا قبل البناء عند الكل وذكر هلال انه يصير مسجدا في قول اصحابنا فصار فيه
روايتان قال الفقيه ابو جعفر في الوقف ايضا روايتان والفرق على احديهما عند هذا القائل ان في
الوقف حق العباد كالبيع والهبة واما المسجد فخالص حق الله تعالى وما هو كذلك لا يصلح حقا لله
ولهذا قالوا لو اشترى دارا لها شفيع فجعلها مسجدا كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة وكذا اذا كان
للبايع حق الاسترداد كان له ان يبطل المسجد قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه
بطريقه عن ملكه ويأذن للناس في الصلوة فيه فاذا صلى فيه واحد زال ملكه عند ابي حنيفة
ومحمد في رواية عنهما وفي رواية اخرى عنهما لا يزول الا بصلوة جماعة وعند ابي يوسف يزول ملكه
بمجرد قوله جعلته مسجدا اما قولهما فلان الملك لما لم يزل بمجرد القول فبنى محمد على اصله في اشتراط
التسليم لكن لا بتعيين المتولي لان تعينه ليتحقق التسليم الى من اخرج اليه وهو الله تعالى ولا يتحقق الا في
ضمن التسليم الى العبد على ما مر لا لكل عبد بل الذي تعود منفعته اليه غير ان المتولي يقام مقامهم في
القبض ومقام الواقف في قباض الغلة لم لكل وقف في العادة فتعين ولم تجر العادة في المسجد بذلك
اذ ليس له غلة تستحقها الناس فاقيم حصول المقصود مقام التسليم وهو بالصلوة فيه وعلى هذا يخرج
عن الملك بصلاة المنفرد لان قبض الجنس متعذر فاكتفى بالواحد وعلى هذه الرواية اختلفوا في صلاة
الواقف بنفسه وحده والصحيح انه لا يكفي لان الصلوة انما يشترط لاجل القبض للعامة وقبضه من
نفسه لا يكفي فكذا صلوته ووجه رواية اشتراط الجماعة انها المقصود بالمسجد لا مطلق الصلوة
فانها تتحقق في غير المسجد فكان تحقق المقصود منه بصلوة الجماعة ولهذا يشترط كونها باذان واقامة
عندهما ولو جعل له واحدا مؤذنا واماما فاذن واقام وصلى وحده صار مسجدا بالاتفاق لان اداء
الصلوة على هذا الوجه كالجماعة ولهذا قالوا لو كان بعد صلوة المؤذن هذه ان تعاد الجماعة لمن
ياتي بعده على هذا الوجه عند البعض وقوله لا يتعين المتولي يفيد انه لو سلمه الى متول جعله
له صح وان لم يصل فيه احد وفيه اختلاف المشايخ والوجه الصحة لان بالتسليم الى المتولي ايضا يحصل تمام
التسليم اليه تعالى لرفع يده عنه ووجه ابي حنيفة في الفرق بين المسجد وغيره في الخروج من الملك بلا حكم

مما سيأتي بان لفظ الوقف والصدقة في قول الواقف جعلت ارضي صدقة موقوفة ونحوها لا يوجب الخروج
عن الملك لان لفظ الوقف لا ينبئ عنه والصدقة ليس معناها الا التصدق بالغلة وهي معدومة
فلا يصح الوقف ينبئ عن الابقاء في الملك لتحصل الغلة على ملكه فيتصدق بها فيحتاج الى الحكم الحاكم
لاخراجه عن ملكه الى غير مالك في محل الاجتهاد بخلاف قوله جعلته مسجدا فانه ليس مبنيا عن ابقاء
الملك ليحتاج الى القضاء بزواله فاذا اذن في الصلوة فيه فصلى كما ذكرنا قضى العرف في ذلك بخروجه عنه
ومقتضى هذا امران احدهما انه لا يحتاج في جعله مسجدا الى قوله وقفته ونحوه وهو كذلك وبه قال
مالك واحمد وقال الشافعي لا بد من قوله وقفته او حبسته ونحو ذلك لانه وقف على قربة فكان كالوقف
على الفقرا ونحن نقول ان العرف جار بان الاذن في الصلوة على وجه العموم والتخلية تفيد الوقف على هذه
الجهة فكان كالتعبير به فكان كمن قدم طعاما الى ضيفه او نثر نثارا كان اذنا في اكله والتقاطه بخلاف
الوقف على الفقرا لم تجر عادة فيه بمجرد التخلية والاذن بالاستغلال ولو جرت به في عرف اكتفينا بذلك
كمسئلتنا والثاني انه لو قال وقفته مسجدا ولم يأذن في الصلوة فيه ولم يصل فيه احد لا يصير مسجدا
بلا حكم وهو بعيد وابو يوسف رحمه الله مر على اصله من زوال الملك بمجرد القول اذن في الصلوة او لم يأذن
ويصير مسجدا لانه اسقاط كالاعتاق وبه قالت الائمة الثلاثة وينبغي ان يكون قول ابي يوسف ان كان الامر بمجرد
القول والاذن كما قالا لا موجب لزوال الملك وصيرورته مسجدا لما ذكرنا من العرف **قوله** ومن جعل
مسجدا تحته سرداب او بيوت تحت الارض لغرض تبريد الماء وغيره او فوقه بيت ليس واحد منهما
للمسجد فليس بمسجد وله بيعه ويورث عنه اذا مات ولو عزل بابه الى الطريق لبقاء حق العبد متعلقا
به والمسجد خالص لله سبحانه ليس لاحد فيه حق قال تعالى وان المساجد لله مع العلم بان كل شيء له فكان فائدة
هذه الاضافة اختصاصه به وهو بانقطاع حق كل من سواه عنه وهو منتف فيما ذكرنا اما اذا كان السفل
مسجدا فان لصاحب العلو حقا في السفل حتى يمنع صاحبه ان ينقب فيه كوة او يتد فيه وتدا على قول ابي حنيفة
وباتفاقهم لا يحدث فيه بناء ولا يوهن البناء الا باذن صاحب العلو واما اذا كان العلو مسجدا فلان ارض العلو
ملك لصاحب السفل بخلاف ما اذا كان السرداب والعلو موقوفا لمصالح المسجد فانه يجوز اذ لا ملك فيه
لاحد بل هو من تتمة مصالح المسجد فهو كسرداب مسجد بيت المقدس هذا هو ظاهر المذهب وروي
عن ابي حنيفة انه اذا جعل السفل مسجدا دون العلو جاز لانه يتابد بخلاف العلو وهذا تعليل للحكم
بوجود الشرط فان التابد شرط وهو مع المقتضي وانما يثبت الحكم معهما مع عدم المانع وهو تعلق حق واحد
وما عن محمد من عكسه لان المسجد معظم وهو تعليل بحكم الشيء وهو منتف على وجوده وعن ابي يوسف انه
جوز ذلك في الاولين لما دخل بغداد وراى ضيق الاماكن وكذا عن محمد لما دخل الري وهذا تعليل
صحيح لانه تعليل بالضرورة وكذلك ان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس فيه اذنا عاما له ان يبيعه
ويورث عنه لان المسجد ليس لاحد حق المنع منه واذا كان يملكه محيطا جوانبه الاربع كان له حق المنع ولم
يصر مسجدا ولانه ابقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله تعالى وعن كل من ابي حنيفة ومحمد انه يصير مسجدا لانه
لما رضي بكونه مسجدا وان يصير مسجدا الا بالطريق دخل فيه الطريق وصار داخلا بلا ذكر كما يدخل في الاجارة
بلا ذكر **قوله** ومن اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان يرجع ولا يورث عنه يعني بعد صحته بشرطه وفي
فتاوى قاضي خان رجل له ساحة لا بناء فيها امر قومه ان يصلوا فيها بجماعة قالوا ان امرهم بالصلوة ابدا

وامرهم بالصلوة بجماعة ولم يذكر الابد الا انه اراد الابد ثم مات لا يكون ميراثا عنه وان امرهم بالصلوة
شهرا او سنة ثم مات يورث لانه لا بد من التابيد والتوقيت ينافيه ومقتضى هذا ان لا يصير مسجدا فيما
اذا اطلق الا اذا اعترفت الورثة بانه اراد الابد وان نيته لا تعلم فلا نحكم عليهم بمنع ارثهم ما لم يثبت
ولو ضاق المسجد وبجنبه ارض وقف عليه او حانوت جاز ان يوخذ ويدخل فيه ولو كان ملك رجل اخذ بالقيمة
كرها فلو كان طريقا للعامة ادخل بعضه بشرط ان لا يضر بالطريق وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه
ابي جعفر عن هشام عن محمد انه يجوز ان يجعل شيء من الطريق مسجدا او يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة انتهى
يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد ان يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب
او يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر ايهم اكثر ولاية له ذلك وللعمران يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس
من اهل المحلة ذلك وكذا للعمران يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال
انفسهم واما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الا ان قوله وعلى القلب
يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا
اراد ان يبني حوانيت في المسجد او في فنائه لا يجوز له ان يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة
المسجد واما الفناء فلانه تبع للمسجد **قوله** ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه اي استغنى عن الصلاة
فيه اهل تلك المحلة او القرية بان كان في قرية فخربت وحولت مزارع يبقى مسجدا على حاله عند ابي يوسف
وهو قول ابي حنيفة ومالك والشافعي وعن احمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر وكذا في الدار الموقوفة
اذا خربت يباع نقضها ويصرف ثمنها الى وقف آخر لما روي ان عمر كتب الى ابي موسى لما نقب بيت المال الذي
بالكوفة انقل المسجد الذي بالتمارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد وعند محمد يعود الى ملك الواقف
ان كان حيا والى ورثته ان كان ميتا وان لم يعرف بانيه ولا ورثته كان لهم بيعه والاستعانة بثمنه في بناء
مسجد آخر وجه قوله انه عينه لقربة وقد انقطعت فينقطع هو ايضا وصار كحصير المسجد وحشيشه اذا
استغني عنه وقنديله اذا خرب المسجد يعود الى ملك متخذه وكما لو كفن ميتا فافترسه سبع عاد الكفن
الى ملك مالكه وكهدي الاحصار اذا زال الاحصار فادرك الحج كان له ان يصنع بهديه ما شاء
واستدل ابو يوسف وجمهور العلماء بالكعبة فان الاجماع على عدم خروج موضعها عن المسجدية والقربة
الا ان لقائل ان يقول القربة التي عينت له هو الطواف من اهل الافاق ولم ينقطع الخلق عن ذلك زمان
الفترة وان كان لا يصح منهم لكفرهم على ان الايمان لم ينقطع من الدنيا اساسا فقد كان مثل قس بن ساعدة وامثاله
فالاوجه انه بعد تحقق سبب سقوط الملك فيه لا يعود كالعتق كما لا يعود اذا زال الى مالك من اهل الدنيا
الا بسبب يوجب تجدد الملك فلم يتحقق لم يعد واما ما قاس عليه من هدي الاحصار فليس بلازم لانه
لم يزل ملكه قبل الذبح وكذا الكفن باق على ملك مالكه انما ابيح الانتفاع به على ملكه وقد استغنى
فيعود الى المعير واما الحصير والقناديل فالصحيح من مذهب ابي يوسف انه لا يعود الى ملك متخذه بل يحول
الى مسجد اخر او يبيعه قيم المسجد للمسجد ولانه ما جعله مسجدا ليصلي فيه اهل هذه المحلة لا غير بل يصلي فيه
العامة مطلقا اهل تلك المحلة وغيرهم واما استدلال احمد بما كتب عمر لا يفيد لانه يمكن انه امرهم
باتخاذ بيت المال في المسجد واستدلاله بالانتفاع بالاستبدال مردود بالحديث المشهور وفي
الخلاصة قال محمد في الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار بحيث لا يستطاع ان يركب يباع ويصرف

ثمنه الي صاحبه او ورثته كما في المسجد وان لم يعلم صاحبه يشتري بثمنه فرس اخر يغزا عليه ولا حاجة الي
الحاكم ولو جعل جنازة وملاة ومغتسلا وقفا في محله ومات اهلها كلهم لا يرد الي الورثه بل يحمل الي مكان
اخر فان صح هذا عن محمد فهو رواية في الحصر والبواري انها لا تعود الي الوارث وهكذا نقل عن الشيخ الامام
الحلواني في المسجد والحوض اذا خرب ولا يحتاج اليه لتفرق الناس عنه انه تصرف اوقافه الي مسجد اخر او حوض
اخر واعلم انه يتفرع على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما اذا استغني عن المسجد لخراب المحلة والقرية وتفرق
اهلها ما اذا انهدم الوقف وليس له من الغلة ما يمكن به عمارته انه يبطل الوقف ويرجع النقض الي بانيه
او ورثته عند محمد خلافا لابي يوسف وكذا حانوت في سوق احترق وصار بحيث لا ينتفع به ولا يستاجر
بتي البته يخرج عن الوقفيه وكذا في حوض محلة خرب وليس له ما يعمر به لوارثه فان لم يعرف فهو لقطة وكذا
الرباط اذا خرب يبطل الوقف ويصير ميراثا ولو بني رجل علي هذه الارض فالبناء للثاني واصل الوقف
لورثة الواقف عند محمد فقول من قال في جنس هذه المسايل نظر فالتامل عند الفتوي بغير واقع موقعه
وفي الفتاوي الظهيرية سئل الحلواني عن اوقاف المسجد اذا تعطلت وتعذر استغلالها هل للمتولي ببيعها
ويشتري بثمنها اخري قال نعم وروي هشام عن محمد انه قال اذا صار الوقف بحيث لا ينتفع به المساكين
فللقاضي ان يبيعه ويشتري بثمنه غيره وعلي هذا فينبغي ان لا يبتني علي قوله برجوعه الي ملك الواقف وورثته
بمجرد تعطله او خرابه بل اذا صار بحيث لا يشتري ثمنه وقفا اخر يستغل ولو كانت غلته دون غلة الاول
وكذا للمتولي ان يبيع من تراب مسبله اذا كان فيه مصلحة وفي فتاوي قاضيخان وقف علي مستحقين خرب
ولا ينتفع به ولا يستاجر اصله يبطل الوقف ويجوز بيعه وان كان اصله يستاجر بشيء قليل يبقى اصله وقفا
انتهي ويجب حفظ هذا فانه قد تخرب الدار وتصير كوما وهي بحيث لو نقل نقضها استاجر ارضها من
يبني او يغرس ولو بقليل فيغفل عن ذلك ويباع كلها للواقف انه لا يرجع منها اليه الا النقض فان قلت
علي هذا يكون مسئلة الرباط التي ذكرناها مقيدة بما اذا لم تكن ارضه بحيث تستاجر قلنا لا لان الرباط
موقوف للسكني وامتنعت بانهدامه بخلاف هذه فان المراد وقف لاستغلال الجماعة المستحقين ولو انهدم
بعض بناء الدار وليس ثم ما يعاد به يباع ويحفظ ثمنه في يد القايم بامر الوقف الي ان يحتاج الباقي
الي العمارة فيصرف فيه وكذا اذا يبس بعض اشجار الارض الموقوفة يبيعها ولا يبيع من نفس الارض لذلك
ولا يعطي المستحقون شيا من ثمن النقض ولا من عينه بوجه من الوجوه لانه لا حق لهم فيما سوي الغلة بل الحال
انه ان امكن شراء شيء يستغل ولو قليلا او اجارة الارض بشيء ولو قليلا فعل وحفظ لعمارة ما بقي وان خرب
الكل وتعذر ان يشتري بثمنه مستغل ولو قليلا حينئذ يرجع الي ملك الواقف قوله ومن بني سقاية
للمسلمين وخانا يسكنه بنوا السبيل ورباطا وجعل ارضه مقبرة لم يزل ملكه عن ذلك حتي يحكم به الحاكم
عند ابي حنيفة رحمه الله ولو سلمه الي المتولي لانه لم ينقطع حقه عنه الا تري انه ينتفع به في الحال
فله ان يسكن في الخان وينزل في الرباط ويشرب من السقاية ويدفن في المقبرة فيشترط حكم الحاكم او
الاضافة الي ما بعد الموت لكون وصية فيلزم بعد الموت وله ان يرجع عنه قبل موته علي ما مر كما في
الوقف علي الفقرا الي اولي لان الثابت في كل منهما الفظ ينبي عن الخروج عن الملك كما قدمناه في وقفت وتصدقت
وفي هذه الامور مع ذلك ثبوت تعلق حقه انتفاعا بعين الوقف كما ذكرنا بخلاف الوقف علي الفقرا وكذا
بخلاف المسجد لا يشترط في زواله عن ملكه حكم ولا وصية لانه لم يبق له حق الانتفاع به لخلوصه لله عز وجل

بالحكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو اصله وقوله قول الايمة الثلاثة كما مر وعند محمد
لا يزول حتي يستقي الناس من السقاية ويسكنوا الخان والرباط ويدفنوا في المقبرة لان التسليم عنده شرط
وتسليم هذه بما ذكرنا من سكناهم الخان والرباط الي اخره ويكتفي بالواحد في التسليم الموجب لزوال الملك
لتعذر فعل الجنس او تسلم الكل علي تقدير تسليمهم وعلي هذا البير اذا حفره والحوض يزول الملك
اذا استقي منهما واحد او شربت دابة ومن ذلك ما لو ادخل قطعة ارضه في طريق المسلمين وجعلها طريقا
يشترط فيه مرور واحد باذنه علي قول من يشترط القبض في الاوقاف وكذا القنطرة يتخذها المسلمين
تلزم بمرور واحد ولا يكون بناؤها ميراثا ولو سلم الي المتولي صح التسليم في هذه الوجوه اعني السقاية
والخان والرباط والمقبرة والبير والحوض لانه اعني المتولي نايب عن الموقوف عليهم ففعله اي تسلمه
كفعلهم اي تسلمهم واما في المسجد فقيل لا يكون تسليما وقيل يكون وقد قدمناه مع وجهه ووجه المصنف
الصحة بانه اي المسجد يحتاج الي من يكنسه ويغلق بابه فاذا سلم اليه صح التسليم لانه معول له عرفا واختلف
في المقبرة قيل كالمسجد علي القول بانه لا يكتفي في ازالة الملك عنه التسليم الي متول لانه لا متولي فلا يزول
الملك الا بالدفن فيها وقيل كالسقاية فيصح بالتسليم الي المتولي قوله ولو جعل داره بمكة سكني
للحاج والمعتمرين او جعل داره في غير مكة سكني للمساكين او جعلها في ثغر من الثغور سكني للغزاة والمرابطين
او جعل غلة ارضه للغزاة في سبيل الله ودفع ذلك الي وال يقوم عليه فهو جايز ولا رجوع فيها اي في السقاية
والمقبرة وفي الدار المسئلة عندهما الخروج عن ملكه بذلك القدر وهو قول الايمة الثلاثة بلا شرط
الدفع الي المتولي كقول ابي يوسف وعند ابي حنيفة له ان يرجع ما لم يحكم بذلك حاكم ثم روي الحسن عنه انه
اذا رجع بعد الدفن لا يرجع في المحل الذي دفن فيه ويرجع فيما سواه ثم اذا رجع في المقبرة بعد الدفن
لا ينبشها لان النبش حرام ولكن يسوي ويزرع وهذا علي غير رواية الحسن والفتوي في ذلك كله
علي خلاف قول ابي حنيفة رحمه الله للتعامل المتوارث هذا وتفارق المقبرة غيرها بانه لو كان في المقبرة
اشجار وقت الوقف كان للورثة ان يقطعوها لان موضعها لم يدخل في الوقف لانه مشغول بها كما لو جعل
داره مقبرة لا يدخل موضع البناء في الوقف بخلاف غير المقبرة فان الاشجار والبناء اذا كان في عقار وقفه
دخلت في الوقف تبعا ولو نبتت فيها بعد الوقف ان علم غارسها كانت للغارس وان لم يعلم فالراي فيها للقاضي
ان راي بيعها وصرف ثمنها علي عمارة المقبرة فله ذلك ويكون في الحكم كانها وقف ولو كانت قبل الوقف لكن
الارض موات ليس لها مالك فاتخذها اهل القرية مقبرة فالاشجار علي ما كانت عليه قبل جعلها مقبرة
ولو ان رجلا غرس شجرة في المسجد فهي للمسجد او في ارض موقوفة علي رباط مثلا فهي للوقف ان كان الغرس
تعاهدها ولو لم يقل فهي له يرفعها لانه ليس له هذه الولاية ولا يكون غارسا للوقف ولو غرس في طريق
العامة او علي شط النهر او وسط الحوض القديم فهي للغارس لانه ليس له ولاية جعلها للعامة وكذا علي
شط نهر القرية ولو قطعها فنبت من عروقها اشجار فهي للغارس ولو بني رجل في المقبرة بيتا لحفظ اللبن
ونحوه ان كان في الارض سعة جاز وان لم يرض بذلك اهل القرية لكن اذا احتيج الي ذلك المكان يرفع
البنا ليقبر فيه ومن حفر لنفسه قبرا فلغيره ان يقبر فيه وان كان في الارض سعة الا ان الاولي ان لا يوحش
الاول ان كان فيها سعة ومن بسط سجادة في المسجد او نزل في الرباط فجاء اخر لا ينبغي ان يوحش الاول
ان كان في المكان سعة وذكر الناطفي انه يضمن قيمة الحفر ليجمع بين الحقين ولا يجوز لاهل القرية الانتفاع

بالمقبرة الداثرة فلو كان فيها حشيش يحش ويخرج الى الدواب ولا يرسل الدواب فيها ثم في جميع ما ذكرنا
من سكنى الخان ودار الغزاة والسقاية والاستقاء من البير يستوي الغني والفقير بخلاف وقف الغلة على
الغزاة فانها تحل للفقراء دون الاغنيا منهم من بال المصنف الفارق فيه العرف فان الواقفين من اهل العرف
يريدون بذلك في الغلة الفقرا وفي غيرها التسوية بينهم وبين الاغنيا ولان الحاجة تشمل الغني والفقير في الشرب
والنزول لان الغني لا يقدر على استصحاب ماء يشربه في كل مكان ولا على ان يشتري ذلك في كل منزلة من
السفر وعلى هذا يجب في الرباط ان يخص سكناه بالفقرا لان العرف على ان بنا الاربطة للفقرا وهذا فصلان
في المتولي والموقوف عليه والله اعلم **الفصل الاول** في المتولي قالوا لا يولى من طلب الولاية على الاوقاف
كطالب القضا لا يقلد وللمتولي ان يشتري بما فضل من غلة الوقف اذا لم يحتج الى العمارة مستغلا ولا يكون
وقفا في الصحيح حتى جاز بيعه ومن سكن دار الوقف غصبا او باذن المتولي بلا اجرة كان عليه اجرة مثله سواء كان ذلك
معدا للاستغلال او غير معد له حتى لو باع المتولي دارا للوقف فسكنها المشتري ثم رفع الى قاض هذا الامر
فابطل البيع وظهر الاستحقاق للوقف كان على المشتري اجرة مثله وللمتولي ان يستاجر من يخدم المسجد بكنسه ونحو
ذلك باجرة مثله او زيادة يتغابن فيها فان كان اكثر فالاجارة له وعليه الدفع من مال نفسه ويضمن لو دفع
من مال الوقف وان علم الاجير ان ما اخذه من مال الوقف لا يحل له وله ان ينفق من ماله على حاجة الوقف ولو
ادخل جذعا من ماله في المسجد كان له الرجوع كالوصي اذا انفق على الصغير وله ان يشتري من غلة المسجد دهنا وحصيرا
وآجرا وجصا لفرش المسجد ان كان الواقف وسع فقال يفعل ما يراه مصلحة وان وقف لبناء المسجد ولم يزد
فليس له ان يشتري ذلك فان لم يعرف له شرط يعمل ما عمل من قبله ولا يستدين على الوقف الا اذا استقبله
امر لا بد منه فيستدين بامر القاضي ويرجع في غلة الوقف وذكر الناطفي وكذا له ان يستدين لزراعة الوقف
وبذره بامر القاضي لان القاضي يملك الاستدانة على الوقف فيصح بامره بخلاف المتولي لا يملكه والاستدانة
ان لا يكون في يده شيء فيستدين ويرجع اما اذا كان في يده مال الوقف فاشترى ونقد من مال نفسه فانه
يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى ونقد الثمن من مال نفسه فانه يرجع بالاجماع لانه كالوكيل اذا اشترى
ونقد الثمن من ماله له ان يرجع وليس له ان يرهن دار الوقف فان فعل فسكنها المرتهن ضمن اجرة المثل ولو
انفق دراهم الوقف في حاجة نفسه ثم انفق من ماله مثلها في الوقف جاز ويبرا عن الضمان ولو خلط دراهم
الوقف بمثلها من ماله كان ضامنا للكل ولو اجتمع مال للوقف ثم نابت نائبة من الكفرة فاحتيج الى مال الدفع ثم
قال الشيخ الامام ما كان من غلة المسجد الجامع يجوز للحاكم ان يصرفه الى ذلك على وجه القرض اذا لم تكن حاجة للمسجد
اليه وله ان يبني على باب المسجد ظلة لدفع اذى المطر عن الباب من مال الوقف ان كان على مصالح المسجد وان كان على عمارة
او بينه فلا والاصح انها لا تطيب الدين ان الوقف على عمارة المسجد ومصالح المسجد سواء واذا كان على عمارة المسجد
لا يشتري منه الزيت والحصير ولا يصرف منه للزينة والشرفات ويضمن ان فعل ومن وقف وقفا ولم يجعل
له متوليا حتى حضرته الوفاة فاوصى الى رجل قالوا يكون وصيا وقيما هذا في قول ابي يوسف لان التسليم ليس
بشرط فصح الوقف في حيوته بلا تسليم بخلاف ما لو جعل له قيما ثم حضرته الوفاة فاوصى لا يكون هذا الوصي قيما
في الوقف قيم مسجد مات فاجتمع اهل المسجد على جعل رجل قيما بغير امر القاضي فقام وانفق من غلات وقف المسجد
في عمارته اختلف المشايخ في هذه التولية والاصح لا تصح بل نصب القيم الى القاضي لكن لا يضمن ما انفق في العمارة
من غلاته اذا كان اجر الوقف واخذ الغلة فانفق لانه اذا لم يصح ولايته غاصب والغاصب اذا اجر المغصوب

كان

كان الاجر له ويتصدق به كذا في فتاوي قاضي خان وانت تعلم ان المفتى به تضمين غاصب الاوقاف خلافه
ما اذا كان وقفا على ارباب معلومين فان لهم ان ينصبوا متوليا من اهل الصلاح لكن قيل الاولى ان يرفعوا الامر
الى القاضي لينصب لهم وقيل بل الاولى في هذا الزمان ان لا يفعلوا وينصبوا هم وليس للمشرف ان يتصرف في
مال الوقف بل وظيفته الحفظ لا غير وهذا يختلف بحسب العرف في معنى المشرف وللمتولي ان يفوض الى غيره
عند موته كالوصي له ان يوصي الى غيره الا انه لو كان الواقف جعل لذلك المتولي مالا مسمى لم يكن لهذا الذي اوصى اليه
بل يرفع الامر الى القاضي اذا تبرع بعمله ليفرض له اجر مثله الا ان يكون الواقف جعل ذلك لكل متول وليس للقا
ان يجعل للذي ادخله ما كان الواقف جعله للذي كان ادخله لان للواقف في هذا ما ليس للحاكم واذا اخذ
المتولي من مال الوقف ومات بلا بيان لا يضمن فالامانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل الا في ثلاث مسائل
هذه احدها والثانية اذا اودع السلطان الغنيمة عند بعض الغانمين ومات ولم يبين عند من اودع
والثالثة القاضي اذا اخذ مال اليتيم واودع غيره ثم مات ولم يبين عند من اودع لا ضمان عليه اما لو كان القاضي
اخذ مال اليتيم عنده ولم يبين حاله حتى مات فقد ذكر هشام عن محمد انه يضمن ولو قال قبل موته ضاع مال
اليتيم عندي او انفقته عليه ومات لا يكون ضامنا اما لو مات قبل ان يقول ضمن وكذا لو باع المتولي دار
الوقف ومات ولم يبين اين الثمن فانه يكون دينا في تركته وللناس ان ياخذوا المتولي بتسوية حائط الوقف اذا
مال الى املاكهم فان لم يكن له غلة يرفع الى القاضي ليامر بالاستدانة لاصلاحها وله ان يبني قرية في
ارض الوقف للاكرة وحفاظها وليجمع فيها الغلة وان يبني بيوتا يستغلها اذا كانت الارض متصلة ببيوت
المصر ليست للزراعة فان كان زراعتها اصلح من الاستغلال لا يبني وفي النوازل في اقراض ما فضل من مال
الوقف قال ان كان احرز للغلة ارجو ان يكون واسعا ولا يوجر الوقف اجارة طويلة واكثر ما يجوز ثلاث
سنين وليس له الاقالة الا ان كانت اصلح للوقف ولو زرع الواقف ارض الوقف وقال زرعتها لنفسي
وقال المستحقون بل للوقف فالقول قوله وعلى الواقف والمتولي في هذا نقصان الارض وليس عليهما
اجر مثل الارض ويقول القاضي له ازرعها به يامره بالاستدانة لذلك فان قال لا يمكنني يقول لاهل
الوقف استدينوا فان قالوا لا يمكننا بل نزرع لانفسنا لا يمكنهم لان الوقف في يد الواقف فهو احق به ولا
يخرجه عنه الا ان يكون غير مامون ذكر هذه المسئلة بفروعها في فتاوي قاضي خان وغيره وينعزل الناظر
الناظر بالجنون المطبق اذا دام سنة نص عليه الخصاف لا ان دام اقل من ذلك ولو عاد اليه عقله وبرا من علته
عاد اليه النظر وللناظر ان يوكل من يقوم بما كان اليه من امر الوقف ويجعل له من جعله شيا وله ان يعزله
ويستبدل به او لا يستبدل ولو جن انعزل وكيله ويرجع الى القاضي في النصب ولو اخرج حاكم قيما فاقام
عزل فتقدم المخرج الى القاضي الثاني بان ذلك القاضي اخرجه بلا جنحة لا يدخله لان امر الاول يحمل على السداد
ولكن يكلفه ان يثبت عنده انه اهل وموضع للنظر في هذا الوقف فان فعل اعاده وكذا لو اخرجه لفسق وخيانة
فبعد مدة اناب الى الله واقام بينة انه صار اهلا لذلك فانه يعيده وليس على الناظر ان يفعل الا ما يفعله
امثاله من الامر والنهي بالمصالح ويصرف الاجر من مال الوقف للعملة بايديهم فلذا قلنا لو عمي او طرش او خرس
او فلج ان كان بحيث يمكنه الكلام من الامر والنهي والاخذ والاعطا فله الاجر الذي عينه له الواقف وللناظر
في الوقف على الفقرا ان يعطي قوما مدة وله ان يقطعهم ويعطي غيرهم فكيف لا يدخل كثرة بحيث يخصصوهم
وفي وقف الخصاف ان حكم القاضي ان لا يعطي غير هذا الرجل لم يعط غيره وما لم يحكم بذلك له ان يعطي غيره

وبحرمه لان في كل منهما تنفيذ شرط الواقف وقد استبعدت صحة هذا الحكم وكيف ساغ بلا شرط حتى
ظفرت في المسئلة بقوله ان هذا الحكم لا يصح ولا يلزم

الفصل الثاني في الموقوف عليه

وقف على
زيد ثم المساكين فرد زيد فهو للمساكين ولو على زيد وعمرو فرد احدهما او ظهر انه كان ميتا فنصيبه للمساكين وكذا
ردا جميعا ومن قبل بعد الرد لا يعود ومن اجل سنة ليس له ان يرد بعد ذلك اما لو قال لا اقبلها سنة واقبل ما
سوى ذلك فانه يجوز وحصته من هذه السنة للباقي من اهل الوقف ثم يشاركهم فيما بعدها ولو قبل سنين
ثم ما ليس له ان يردها بل بعدها وقوله على ولد فلان ابدا ما تناسلوا فرده الموجودون صار للفقراء فاذا
جاء من بعدهم رجع من الفقراء اليهم الا برد وه ولو رد واحد منهم فقط فالغلة كلها لمن قبل ويجعل من لم يقبل
كالميت بخلاف ما لو اوصى بثلثه لولد عبد الله وكانوا يوم مات اربعة فرد واحد فحصته لورثة الموصي وهذه
مما افترق به الوصية والوقف والفرق ذكره هلال وغيره وعلى فلان وولده فرده فلان لم يبطل رده في رد
ما لولده صغارا كانوا او كبارا او وقف على اولاده ثم للمساكين فلولد صلبه يستوي فيه الذكر والانثى الا ان
يخص صنفا ما دام واحد منهم فالكل له فان لم يكن له ولد وقت الوقف بل ولد ابن كان له لا يشاركه من دونه
من البطون فان كان ابن بنت لا يدخل في ظاهر الرواية وبه اخذ هلال وعن محمد يدخل وصحح ظاهر الرواية
ثم اذا ولد للواقف ولد لصلبه رجع من ابن الابن اليه ولو ضم الى الولد ولد الولد فقال على ولدي وولد ولدي
ثم المساكين اشترك الصلبيون واولاد بنيه واولاد بناته كذا اختاره هلال والخصاف وصححه في فتاوى
قاضي خان وانكر الخصاف رواية حرمان اولاد البنات وقال لم اجد من يقوم برواية ذلك عن اصحابنا
وانما روي عن ابي حنيفة فيمن اوصى بثلثه لولد زيد بن عبد الله فان وجد له اولاد ذكور واناث لصلبه يوم موت
الموصي كان بينهم فان لم يكن له اولاد لصلبه بل ولد ولد من اولاده الذكور والاناث كان لولد الذكور دون
البنات فكانهم قاسوا على ذلك وهذه هي وزان المسئلة الاولى وفرق شمس الائمة بينها وبين هذه بان ولد
الولد اسم لمن ولده ولده وبنته وولده بخلاف قوله ولدي فان ولد البنت لا يدخل في ظاهر الرواية لان
اسم ولده يتناول ولده لصلبه وانما وضع في ولد ابنه لانه ينسب اليه عرفا قال وذكر محمد رحمه الله ان ولد
الولد يتناول ولد البنت عند اصحابنا لكن ذكر المصنف في التجنيس ان الفتوى على ظاهر الرواية فقد اختلفوا
في الاختيار والوجه الذي ذكره شمس الائمة من صدق ولد الولد على ولد البنت صحيح من حيث اللغة لكن وجه ظاهر
الرواية التمسك فيه بالعرف فانه يتبادر من قول القائل ولده وولد فلان كذا وكذا ولد ابنه وكلام الواقفين
منصرف الى العرف فان تخاطبهم به بخلاف ما اذا اضيف الى الولد كما يقال ولدت فلانة فانه يقال او ولدت
ذكرا او انثى فان هنا الاستغراق ظاهر في عدم فهم الذكر بخصوصه واذا عرف الاختلاف في دخول اولاد
البنات في اولاد اولادي فيجب فيما لو قال على الذكور من اولادي واولاد اولادي ان دخل ابن البنت على الخلاف
لا يدخل على ظاهر الرواية لانه ليس ابن ولد الولد وعلى الرواية الاخرى يدخل ثم اذا انقرض ولد الولد
لا يعطى لمن بعدهم بل للفقراء ولو قال ولد ولدي وولد ولدي وولد ولدي يصرف الى اولاده ابدا
ما تناسلوا ولا يصرف للفقراء ما كان من نسله واحد ويستوي الاقرب والابعد الا ان يرتب الواقف
ولو قال اولادي بلفظ الجمع يدخل النسل كله كذكر الطبقات الثلاث بلفظ ولدي ولو قال ولدي
واولادهم وله اولاد اولاد ما تناسلوا او من قبل الوقف لا يدخلون مع اولاد الاولاد الموجودين لانه لما قال
بعد موتنا ولدي على اولادي فانما اراد الموجودين وضمير اولادهم يرجع اليهم خاصة بخلاف اولادي

واولاد اولادي لا موجب لقصره على الاولاد الموجودين فدخل اولاد الذين ماتوا من قبل معهم ولو قال
اولادي وهم فلان وفلان وفلان وبعدهم للفقراء فمات احد الثلاثة اعطي نصيبه للفقراء لا للباقين
من اخوته بخلاف ما لو لم يقل فلان وفلان وفلان بل اولادي ثم الفقراء يصرف الكل للواحد اذا مات من
سواه ولو قال على بني وله ذكران صرف اليهما وان كان واحدا فله النصف والنصف الاخر للفقراء لان
اقل الجمع اثنان فانما جعل مستحق كله اثنين وعليه فرع ابن الفضل قوله على المحتاجين من ولدي وليس في
ولده محتاج الا واحد ان النصف له والنصف الاخر للفقراء اعتبارا بمثل اولادي فانه يصرف للواحد الكل الا
ان يكون عرف في اولادي يخالف كل جمع لمادة غيره كبني والمحتاجين ونحوه مما هو جمع بلفظ اولادي
ونقل الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما لو اعطى القيم نصيب الفقير الواحد اجازه ابو يوسف لان الفقراء
لا يحصون فكان المقصود الجنس ومنعه محمد للجمعية فاوجب اعطاء اثنين وتدخل البنات في قوله بني
واختاره هلال وعن ابي حنيفة اختصاص الذكور به قال بعض المشايخ في المسئلة روايتان انتهى
والوجه الدخول لما عرف في اصول الفقه وعليه تتواطئ المسائل من امن في على بني تدخل البنات قال
في الخلاصة وهذا انما يستقيم في بني اب يحصون اما فيما لا يحصون فيصح ان يقال هذه المراة
من بني فلان انتهى يعني فتدخل المراة بلا تردد ولو لم يكن له الا بنات صرفت الغلة للفقراء وعلى
بناتي لا يدخل الذكور ثم المستحق من الولد الكل من ادرك خروج الغلة عالقا في بطن امه حتى لو حدث
ولد بعد خروج الغلة باقل من ستة اشهر استحق ومن حدث الى تمامها فصاعدا لا يستحق لانا تيقنا
بوجود الاول في البطن عند خروج الغلة فاستحق فلو مات قبل القسمة كان لورثته وهذا في ولد
الزوجة اما لو جاءت امته بولد لاقل من ستة اشهر فاعترف به لا يستحق لانه متهم في الاقرار على الغير يعني
باقي المستحقين بخلاف ولد الزوجة فانه حين يولد ثابت النسب ولو مات الواقف من غير تخلل وقت
يمكن فيه الرجوع الى اهله فجاءت بولد لسنتين من يوم وقف استحق من كل غلة خرجت فيما بين ذلك وكذا
لو طلقها عقيب الوقف بلا تخلل مدة كذلك بخلاف ما اذا كان الموت والطلاق بعد زمان يمكن فيه
الرجوع لاحتمال انه من حمل حدث وخروج الغلة التي هي المناط وقت انعقاد الزرع حبا وقال
بعضهم يوم يصير الزرع متقوما ذكره في فتاوى القاضي وهذا في الخاصة وفي وقف الخصاف
يوم طلعت الثمرة وينبغي ان يعتبر وقت امانه العاهة كما في الحب لانه بالانعقاد يامن العاهة وقد
اعتبر انعقاده واما على طريقة بلادنا من اجارة ارض الوقف لمن يزرعها لنفسه باجرة تستحق على ثلاثة
اقساط كل اربعة اشهر قسط فيجب اعتبار ادراك القسط فهو كادراك الغلة فكل من كان مخلوقا قبل
تمام الشهر الرابع حتى تم وهو مخلوق استحق هذا القسط ومن لا فلا وهذا كله بخلاف ما لو قال على
اصاغر ولدي او العور منهم او العميان فان الوقف يختص بهم ويعتبر الصغر والعور والعمى يوم الوقف
لا يوم الغلة بخلاف الوقف على مساكين البصرة مثلا وبغداد يعتبر ساكني البصرة يوم الغلة والاصل انما
كان لا يزول فهو كالاسم العلم وكذلك اذا زال على وجه لا يحتمل العود فيعتبر وجوده يوم الوقف على
الفقراء وساكني البصرة يحتمل العود بعد الزوال ولو قال من خرج سقط سهمه فخرج واحد ثم عاد لا يعود
سهمه كالوقف كما لو وقف على الايامى على ان من تزوجت سقط سهمها فتزوجت واحدة ثم طلقت لا يعود الا
ان كان نص على ذلك وكل من مات من المستحقين اذا لم يبين الواقف حال حصته بعد موته يقسم على الباقين

فقد تنتقض القسمة في كل سنة ويعطي الغني والفقير من الاولاد الا ان يعين المحتاجين من ولده فيلزم فمن ادعي
الحاجة منهم لا يعطي ما لم يبينها عند القاضي ولو تعارضت بينتا فقره وغناه حرم تقديما لبينة غناه لانها
اكثر اثباتا ومن ولد لاقل من ستة اشهر من خروج الغلة لا يستحق عند هلال لانه يوصف بالحاجة في بطن
امه ولذا لم يجعل نفقة الحامل في مال من في بطنها واستحق عند الخصاف لانه كان مخلوقا قبل مجي الغلة ولا ما
له ولو لم يكن فيهم محتاج كان للمساكين ومن افتقر بعد الغني رجع اليه الكل وفي وقف الخصاف رحمه الله لو اجتمعت
عدة سنين بلا قسمة حتي استغني قوم وافتقر اخرون ثم قسمت يعطي من كان فقيرا يوم القسمة ولا ينظر من كان
فقيرا يوم الغلة ثم استغني فاعطيه بخلاف من لم يكن موجودا الا وقت القسمة لا يعطي من هذه القسمة شيا
مما بعدها وكذا الوحض عميان اولاده ونحوه تعينوا والمحتاج الذي يصرف اليه من لا تدفع اليه الزكوة ولا يكون
له ارض او دار يستغلها وان لم تف غلتها بكفايته حتي يبيعها وينفق ثمنها او يفضل منه اقل من نصاب بخلاف
الدار التي يسكنها وعبد الخدمة وليس للموقوف عليهم الدار سكناها بل الاستغلال كما ليس للموقوف عليهم السكني
الاستغلال واعلم انه اذا ذكر اولاده واقاربه صح للغني والفقير منهم الا ان يخص الفقرا كما ذكرنا واما غيرهم
قال شمس الايمة اذا ذكر مصرفا فيهم تنصيص علي الحاجة فهو صحيح سوا كانوا يحصون او لا يحصون لان المطلوب
وجه الله تعالي ومتي ذكر مصرفا يستوي فيه الاغنيا والفقرا فان كانوا يحصون فذلك صحيح لهم باعتبار اعيانهم
وان كانوا لا يحصون فهو باطل الا ان كان في لفظه ما يدل علي الحاجة استعمالا لابين الناس لا باعتبار حقيقة اللفظ
كاليتامي فالوقف عليهم صحيح ويصرف للفقرا منهم دون اغنياهم فانبني علي هذه ما لو وقف علي الرجال والنسا
او المسلمين والصبيان او علي مضر او ربيعة او علي تميم او بني هاشم لا يجوز شي من ذلك لانتظامه الاغنيا والفقرا
مع عدم الاحصار ولا تمييز في الاستعمال ونص الخصاف علي ان الوقف علي الزمني والعوران باطل من قبل انه ينتظم
الغني والفقير وهم لا يحصون وكذا علي قرا القران وعلي الفقها او قال علي اصحاب الحديث او الشعرا كل ذلك باطل
لما ذكرنا والذي يقتضيه الضابط الذي ذكره شمس الايمة انه يصح علي الزمني والعميان وقرا القران والفقها
واهل الحديث ويصرف للفقرا منهم كاليتامي لاشعارها بالحاجة استعمالا لان العمي والاشتغال بالعلم يقطع عن
الكسب فيغلب فيهم الفقر وقد صرح في الوقف علي الفقها باستحقاق الفقرا منهم وهو فرع الصحة والمسلة
المذكورة في اخر فصل المسجد من الهداية تفيد ذلك وهي ما اذا جعل غلة ارضه وقفا علي الغزاة انه يصح ويصرف
الي فقرا الغزاة مع ان اسم الغزاة ينتظم الغني والفقير وهم لا يحصون غير انه يشعر بالحاجة ونص في وقف
هلال علي جوازه علي الزمني ويدفع لفقرائهم وصرح في وقف الخصاف بصحة الوقف علي ارامل بني فلان
وانه لكل امراة كانت يوم الوقف او حدثت سوا كن يحصين او لا وهو للفقرا منهن اذا كانت بالغة فمن اعطي
منهن اجزا والارملة المستحقة كل بالغة كان لها زوج وطلقها او مات وخالف في الايامي فاذا وقف علي
ايامي بني فلان وبعدهن للمساكين او ايامي قرابتي ان كن يحصين فالوقف جايز وغلته للغنية والفقيرة وان
كن لا يحصين لم يجز الوقف فيكون للمساكين والايم المستحقة كل انثي جومعت ولو بفجور ولا زوج لها بالغة
اولا ولو قال علي كل ثيب من بني فلان او من قرابتي فان كن يحصين جاز لهن ولكل من يحدث منهن وان كن لا
يحصين في وقت قسمة من القسم فهو باطل والغلة للمساكين والثيب كل من جومعت ولو بفجور ولها زوج او لا
وان لم تبلغ ولا بكار قرابتي او بني فلان فان كن يحصين فهو لهن ولمن يحدث ابدا وان كن لا يحصين فالوقف
عليهن باطل وهو للمساكين والبكر من لم تجامع وان كانت العذرة زايلة وفي كل ما لا يحصي ممن ذكرنا انه لا يصح معه

الوقف لو قيد فقال للفقرا منهم يجاز ومن اعطي اجزا كالوقف علي الاقارب ووقف علي اهل بيته ثم المساكين دخل
الغني والفقير ممن يناسبه الي الاب الذي ادرك الاسلام اسلم او لا الاب او لا ممن كان موجودا حال الوقف
او حدث بعد ذلك من الرجال والنسا والصبيان لاقل من ستة اشهر من مجي الغلة ولو كانوا من قوم
اوكفارا ذميين ولا يدخل ذلك الاب ويدخل اب الواقف واجداده وولده لصلبه واولاد الذكور منهم
وان سفلوا ولا تدخل ابنا البنات من ولده الا اذا كان اباؤهم ممن يناسبه الي ذلك الجد الذي ادرك الا
ولا يدخل الواقف ولا اولاد عماته ولا اولاد اخواته اذا كان اباؤهم من قوم اخرين وقوله علي ال وجنسي
بيتي ولا يخص الفقرا الا ان يخصهم وقوله علي الفقرا منهم وعلي من افتقر منهم سوا حيث يكون لمن يكون فقيرا
وقت الغلة وان كان غنيا وقت الوقف ولا يستفيد من كان غنيا فافتقر علي الصحيح ولو وقف علي قرابته فهو لمن
يناسبه الي اقصي اب في الاسلام من قبل ابيه والي اقصي اب له في الاسلام من قبل امه لكن لا يدخل ابو الواقف
ولا اولاده لصلبه وفي دخول الجد روايتان وظاهر الرواية لا يدخل ويدخل اولاد البنات واولاد العمات
والخالات والاجداد الاعلون والجدات ورحمي وارحامي وكل ذي نسب مني كالقرابة وعلي عياله يدخل كل من
كان في عياله من الزوج والولد والجدات ومن كان يعوله من ذوي الرحم وغير ذوي الرحم واذا عرف هذا
فلو قال علي اهل بيتي فاذا انقرضوا فعلي قرابتي فهو صحيح وتصرف بعدهم لمن يناسبه من قبل ابيه ولو عكس فقال
علي قرابتي فاذا انقرضوا فعلي اهل بيتي لم يصح ومثله لو قال علي فاذا انقرضوا فعلي اخوتي لابي وله اخوة متفرقون
اذ بعد انقراض الكل لا يبقي له اخ فيكون بعد انقراضهم للمساكين وعلي جيرانه يجوز ثم هم عند ابي حنيفة
رحمه الله الملاصقون فهو لجميع من في كل دار ملاصقة من الاحرار ولو كانوا اهل ذمة والعبيد بالسوية
قربت الابواب او بعدت وعند ابي يوسف هم الذين يجمعهم محلة واحدة او مسجد واحد فان جمعهم محلة
واحدة او مسجد واحد فان جمعهم محلة واحدة وتفرقوا في مسجدين فهي محلة واحدة ان كان المسجدان صغيرين
متقاربين فان تباعدا وكان مسجد عظيم جامع فكل اهل مسجد جيران دون الاخرين وقال محمد هم الملازقون
السكان سوا كانوا مالكين للدار او لا وسيا تي بقية هذا ان شا الله تعالي ولا يدخل الارقا ومن انتقل من الجوار
علي الخلاف في الجار بطل حقه من الوقف • والله سبحانه وتعالي اعلم بالصواب • واليه المرجع والماب •

كتاب البيوع

عرف ان مشروعات الشارع منقسمة الي حقوق الله تعالي خالصة وحقوق العباد خالصة وما
اجتمع فيه الحقان وحقه تعالي غالب وما اجتمعا فيه وحق العباد غالب فحقوقه تعالي عبادات وعقوبات
وكفارات فابتدا المصنف بحقوق الله تعالي الخالصة وغيرها حتي اتي علي اخر انواعها ثم شرع في حقوق العباد
وهي المعاملات ثم في ترتيب خصوص بعض الابواب علي بعض مناسبات خاصة ذكرت في مواضع ووقع في اخرها
ترتيب اول اقسام حقوق العباد اعني البيع علي الوقف ووجهه ان الوقف اذا صح خرج المملوك عن ملك الواقف
لا الي مالك وفي البيع الي مالك فنزل الوقف في ذلك منزلة البسيط من المركب والبسيط مقدم علي المركب
في الوجود فقدمه في التعليم هكذا ذكره ولا تخفي شروعه في المعاملات من زمان فان ما تقدم من اللقطة
واللقيط والمفقود والشركة من المعاملات ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع
المبيع وقد يراد به المعني وهو الاصل فجمعه باعتبار انواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين
وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن

ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك والبيع من الاضداد يقال باعه اذا اخرج العين من ملكه اليه وباعه
اي اشتراه ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه واما مفهومه لغة وشرعا فقال الجزري
البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي انتهى والذي يظهر ان التراضي
لابد منه لغة ايضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا انه استبدل به بالتراضي وان الاخذ غصبا والاعطا
شيء اخر من غير تراض لا يقول فيه اهل اللغة باعه وشرعية البيع بالكتاب وهو قوله تعالى واحل الله البيع والسنة
وهي قوله عليه الصلوة والسلام يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة
وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتبايعون فقررهم عليه والاجماع منعقد عليه وسبب شرعيته تعلق البقاء
المعلوم فيه لله تعالى على وجه جميل وذلك ان الانسان لو اشتغل بابتداء بعض حاجاته من حرث الارض وبذر القمح
وخدمته وحراسته وحصده ودراسته ثم تذريته ثم تنظيفه وطحنه بيده وعجنه لم يقدر على مثل ذلك
في الكتان والصوف للبسه وبنا ما يظله من الحر والبرد الى غير ذلك فلابد من ان تدفعه الحاجة الى ان يشتري
شيا ويبذل من اوله شيء فلو لم يشرع البيع سببا للتمليك في البدلين لاحتاج الى ان يوخذ على التغالب والمقاهرة
او السوال والتحاذي او يصبر حتى يموت وفي كل منهما ما لا يخفى من الفساد وفي الثانية من الذل والصغار
ما لا يقدر عليه كل احد ويزري بصاحبه فكان في شرعيته بقاء المكلفين المحتاجين ودفع حاجاتهم على النظام
الحسن وشرطه في المباشر التمييز والولاية الشرعية الكائنة عن ملك او وكالة او وصية او قرابة وغير
ذلك فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وآثاره وفي المبيع كونه مالا متقوما شرعا مقدور التسليم
في الحال او في ثاني الحال فيدخل السلم وقد قالوا شروطه منها شرط الانعقاد وهو التمييز والولاية وكون
المبيع متقوما ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية حتى اذا باع ملك غيره توقف النفاذ على الاجازة
ممن له الولاية. واما ركنه فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين او من يقوم مقامهما الدال على الرضى بتبادل
الملك فيهما وهذا مفهوم الاسم شرعا وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي كما
سياتي وقد يكون الرضى ثابتا وقد لا يكون فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضى بل امارة عليه فقد
يتحقق مع انتفائه كالبيع الرطب للمطر فكذا يتحقق بعت واشتريت ولا رضى كما في بيع المكره وهذا على ما اخترنا
من ان حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع الشرعي بل شرط ثبوت حكمه شرعا **قوله** البيع ينعقد بالايجاب
والقبول يعني اذا سمع كل كلام الاخر ولو قال البايع لم اسمعه وليس به صمم وقد سمعه من في المجلس لا يصدق
ثم المراد بالبيع هنا المعنى الشرعي الخاص المعلوم حكمه وانما قلنا هذا لانه قال ينعقد بالايجاب والقبول
فجعلهما غيره يثبت هو بهما مع ان البيع ليس الا الايجاب والقبول لانهما ركناه على ما حققناه انفا من ان
ركنه الفعل الدال الى اخره هذا ولكن الظاهر ان المراد بالبيع هنا ليس الا نفس حكمه لا معنى له ذلك الحكم
وما قيل البيع عبارة عن معنى شرعي يظهر في المحل عند الايجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا على التصرف ليس
غير الحكم الذي هو الملك لانه هو الذي يثبت به قدرة التصرف فالمتحقق من الشرع ليس الا ثبوت الحكم المعلوم
من تبادل الملكين عند وجود الفعلين اعني الشطرين بوضعهما سببا له شرعا وليس هنا شيء ثالث فالملك
هو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف فخرج نحو الوكيل فاذا امتنع ان يراد الفعل الخاص لزم الاخر والايجاب
لغة الاثبات لاي شيء كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضى الواقع اولا سواء وقع من البايع
كبعت او من المشتري كان يبتدي المشتري فيقول اشتريت منك هذا بالف والقبول الفعل الثاني والا

تكل

٢٦١

فكل منهما ايجاب اي اثبات فسمي الاثبات الثاني بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضى
بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك في البدلين وجب ان يراد بقوله
ينعقد يثبت اي الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك اي انضمام احدهما الى الاخر على وجه يثبت
اثره الشرعي وقولنا في القبول انه الفعل الثاني يفيد كونه اعم من اللفظ وهو كذلك فان من الفروع ما لو
قال كل هذا الطعام بدرهم فاكله تم البيع واكله حلال والركوب واللبس بعد قول البايع اركبها بمائة والبسه
بكذا رضى بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بالف فقبضه ولم يقل شيا كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطي
فانه ليس فيه ايجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط وسياتي مثله في جعل مسألة القبض بعد قوله بعتكه
بالف من صور التعاطي كما فعل بعضهم نظر وفي فتاوى قاضي خان قال اشتريت منك هذا بكذا فقد
به على هولاء ففعل البايع قبل ان يتفرقا جاز وكذا اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لي قميصا
فقطعه قبل التفرق وقوله اذا كان بلفظ مثل ان يقول احدهما بعت والاخر اشتريت قال المصنف لان
البيع انشاء تصرف اي اثبات تصرف يفيد حكما يثبت جبرا والانشاء على هذا الوجه لا يعرف الا بالشرع
لما فيه من اثبات معنى يكون اللفظ علة له والعبد لا يقدر على ذلك انما له قدرة الاخبار عن الكائن
او ما سيكون وطلبه فقولهم من الانشاء التمني والترجي والقسم والاستفهام اصطلاح في تسمية
ما لا خارج لمعناه يطابقه او لا يطابقه انشاء وهو يعم ما ذكر وغيره مما يناسبه الا ترى ان لفظ لعل
زيدا ياتي وليت لي مالا ليس علة لترجي ذلك وتمنيه بل دال على الترجي والتمني القائمين بالمتكلم كانه اخبر عن
قيامهما به غير ان اهل الاصطلاح لا يسمونه اخبارا لما قلنا بخلاف بعت وطالق فانه علة يثبت به شرعا
معان لا قدرة للمتكلم على اثباتها والحاصل ان الانشاء على هذا الوجه لا يمكن الا ممن له الخلق والامر
تبارك رب العالمين سواء سمي غيره انشاء اصطلاحا او لا واذا كان ان الانشاء لا يعرف الا بالشرع ولم يصغ له
في اللغة لفظ خاص والشرع استعمل في اثباته من اللغة لفظ الخبر اي وصفه علة لاثباته تعالى ذلك
المعنى عنده فينعقد اي يثبت به واما تعليله بان لفظ الماضي ادل على الوجود فانه لا يصدق الا بتحقق
الوجود سابقا فاخبر له فربما يعطي قصر العلية وليس كذلك بل الوجه انه تعليل اولوية لفظ الماضي
بان يستعمل فيه من غيره فانه لا يقتصر عليه كما ستسمع **قوله** ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل خلاف
النكاح فانه اذا قال زوجني فقال زوجتك فينعقد بمجرد ذلك اما البيع فاذا قال بعنيه بالف فقال
بعتك لا ينعقد حتى يقول اشتريت ونحوه وهذا ونحوه مما قال الطحاوي انه قد ينعقد بثلثة الفاظ
قال وقد مر الفرق هناك يعني قوله لان هذا توكيل يعني زوجني فاذا قال زوجتك كان ممتثلا امر
الموكل مزوجا له ووليا لمن زوجها والواحد يتولى طرفي عقد النكاح بخلاف البيع وقدمنا من قال لفظ
الامر في النكاح جعلت ايجابا لان النكاح لا يصح بالخطبة فيه وطلبه الا بعد مراجعات وتامل وتحاذر
غالبا فلا يكون لفظ طلبه اعني زوجني مساومة بل تحقيقا فاعتبر ايجابا بخلاف البيع لا يكون مسبوقا
بمثل ذلك فكان الامر فيه مساومة فلا يتم العقد بمجرد جواب الاخر وعلى هذا الابتر فرق المصنف لا يبتني
على كونه توكيلا واما الفرق بان رد النكاح بعد ايجابه يلحق الشين بالاولياء بخلاف رد البيع فبني على جعل
ايجابا ثم فيه نظر لانه لو صح لزم امتناع رجوعه بعد قوله زوجني بنتك قبل قوله زوجتك لانه ايضا يشين
وانكسار لخاطرهم وهنه ثمانية مواضع منها البيع والاقالة لا يكتفى بالامر فيهما عن الايجاب ومنها النكاح

الاولى

والخلع يقع فيهما ايجابا الخامسة اذا قال لعبده اشتر نفسك مني بالف فقال فعلت عتق السادسة
في الهبة قال هب لي هذا فقال وهبته منك تمت الهبة السابعة قال لصاحب الدين ابرئني مما لك علي
من الدين فقال ابراتك تمت البراءة الثامنة الكفالة قال اكفل بنفس فلان لفلان فقال كفلت تمت
ان كان غايبا فقدم واجاز كفالته جاز واعلم ان عدم الانعقاد بالمستقبل هو اذا لم يتصادقا على نية الحال
اما اذا تصادقا على اثبات البيع في الحال فينعقد به في القضا لان صيغة الاستقبال تحتمل الحال فيثبت بالنية
ذكره في التحفة في صيغة الاستقبال مطلقا وفي الكافي قصر الكلام على المضارع فقال الصحيح ما ذكره الطحاوي
لان المضارع في الاصل موضوع للحال ووقوعه في الاستقبال نوع تجوز انتهى وعلى هذا ينبغي ان يقبل قوله اذا
ادعاه وكذبه الاخر لانه حقيقة اللفظ بخلاف المستقبل وهو الامر فلو ادعى في قوله بعني انه اراد معنى
اشتريت بكذا ينبغي ان لا يصدقه القاضي مثال ذلك ان يقول ابيع منك هذا بكذا او اعطيكه فقال المشتري
اشتريه او اخذه ونويا الايجاب للحال والحق ان المراد بالمستقبل الذي ينعقد بنية الحال هو المضارع وتسميته
مستقبلا على احد القولين والا فالمختار انه موضوع للحال واما الامر فلا يوجد شي من الكتب التمثيل به لذلك
مع انه هو المستقبل في الحقيقة وذلك لانه انشاء وبينه وبين الاخبار كمال الانقطاع فلا يتجوز به فيه فلا
يقال بعنيه والمراد اشتريته فلا ينعقد به الا في قوله خذه بكذا فينعقد لثبوت الايجاب اقتضاء ومثل
الامر المقرون بالسين نحو سابيعك فلا يصح بيعا ولا يتجوز به في معنى بعتك في الحال فان ذكر السين ناقض
ارادة الحال واعلم ان كون الواحد لا يتولى طرفي العقد في البيع مخصوص منه الاب يشتري مال ابنه لنفسه
او يبيع ماله منه والوصي عند ابي حنيفة اذا اشترى لليتيم من نفسه او لنفسه منه بشرط المعروف في باب الوصية
وقيده في نظم الزندويستي بما اذا لم يكن نصبه القاضي **قوله** وقوله رضيت هذا بدرهم فقال
بعتكه او قال اشتريته بدرهم فقال رضيت او قال اعطيتكه فقال فعلت او اجزت او اخذت كل هذه الالفاظ
من قبل البايع او المشتري يتم بها البيع لافادتها اثبات المعنى والرضى به وكذا لفظة خذه بكذا ينعقد به
اذا قبل بان قال اخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته اعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة
البيع فكان كالماضي الا ان استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضا
فهو كما اذا قال بعت عبدي هذا بالف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو
حر بلا فاء لا يعتق وانما صح هذه ونحوها لانها تؤدي معنى البيع والمعنى هو المعتبر في هذه العقود
الا يرى الى ما لو قالوا لو قال وهبتك او وهبت لك هذه الدار او هذا العبد بثوبك هذا فرضي فهو
بيع بالاجماع قالوا انما قال في هذه العقود احترازا عن الطلاق والعتاق فان اللفظ فيهما يقام مقام
المعنى وانت تعلم ان اقامة اللفظ مقام المعنى اثر في ثبوت حكمه بلا نية ليس غير فاذا فارقت هذه العقود
ذلك اقتضى ان لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية فلا يثبت بلفظ البيع حكمه الا اذا اراده وحينئذ فلا فرق
بين بعت وابيع في توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا ولا معنى لقوله ينعقد
بلفظ الماضي ولا ينعقد بالمستقبل ثم تقييده بما اذا لم ينوه فانه ينعقد به في الماضي وغيره بالنية ولا ينعقد
بالماضي وغيره الا بلا نية ومن الصور لفظة نعم يقع ايجابا في قول المستفهم اتبيعني عبدك بالف فقال نعم
فقال اخذته فهو بيع لازم وكذا ابيعك ومنها اشتريته منك بالف فقال نعم او هات الثمن انعقد وكذا
اذا قال هذه عليك بالف فقال فعلت ولو قال هو لك بالف ان وافقك او ان اعجبك او ان اردت

فقال

فقال وافقني او اعجبني او اردت العقد ولو قال بعتكه بكذا بعد وجود مقدمات البيع فقال
اشتريت ولم يقل منك صح وكذا على العكس وكذا اذا قال بعد معرفة الثمن ان اديت ثمنه فقد بعته منك
فادى في المجلس جاز استحسانا **فروع في اختلاف الايجاب والقبول** قال بعتكه بالف
فقال اشتريته بالفين جاز فان قبل البايع الزيادة تم بالفين والاصح بالف اذ ليس له ولاية ادخال الزيادة
في ملكه بلا رضاه ولو قال اشتريته بالفين فقال البايع بعتكه بالف جاز كانه قبل بالفين وحط عنه الفا
ولو ساومه بعشرة فقال بعشرين فقبضه من يده ولم يمنعه لزم بعشرة فلو كان في يد المشتري من اول الامر
فذهب به والبائع بحاله فبعشرين عندهم جميعا وقال الطحاوي يلزم باخرهما كلاما مطلقا ولو قال
بعتكه بالف بعتكه بالفين فقال قبلت الاول بالف لم يجز لان البايع قد رجع عنه وليس هكذا في الطلاق
والعتاق فان قال قبلت البيعين جميعا بثلاثة الاف فهو كقوله قبلت الاخر بثلاثة الاف يعني يكون البيع
بالفين والالف زيادة ان شاء قبلها في المجلس وان شاء ردها وكذا بالف بمائة دينار انما يلزمه الثاني
وقيل يلزمه الثمنان والاول في الزيادات وهو اوجه واذا قبل الزيادة في المجلس لزم المشتري **قوله**
ولهذا ينعقد اي ولان المعتبر هو المعنى ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس فقيل النفيس نصاب السرقة
فصاعدا والخسيس ما دونه **وقوله** هو الصحيح احترازا عن قول الكرخي انه انما ينعقد بالتعاطي في الخسيس فقط
واراد بالخسيس الاشيا المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجواز استحسانا للعادة قال ابو معاذ
رايت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا واخذ رمانه ولم يتكلم ومضى وجه الصحيح
ان المعنى على التراضي يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل وفي الايضاح وهو خلاف ما ذكره
في الاصل في مواضع انتهى وفي شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام في رجل قال لرجل بعني هذا العبد
لفلان فاشتراه له ثم انكر ان يكون فلان امره بذلك ثم جاء فلان فقال انا امرته قال ياخذه فلان
فان قال لم امره وقد كان اشتراه له لم يكن له الا ان يسلمه المشتري له فان سلمه واخذه الذي اشتراه
كان بيعا للذي اخذه من المشتري وكان العهدة عليه اي للاخذ على المشتري فدل على صحة التعاطي في
النفيس وفي المنتقى له على اخر الف درهم فقال الذي عليه المال للذي له المال اعطيك بما لك دنانير
فساومه بالدنانير ولم يقع بيع ثم فارقه فجاءه بها فدفعها اليه يريد الذي كان ساومه عليه ثم فارقه
ولم يستانف بيعا جاز الساعة وكذا لو ساوم رجلا بثوب وليس معه وعاء ثم فارقه وجاء بالوعاء فاعطاه
الثمن وكال له جاز ومن صوره ما اذا جاء المودع بامة غير المودعة وقال هذه امتك والمودع يعلم
انها ليست اياها وحلف فاخذها حل الوطي للمودع وللامة وعن ابي يوسف لو قال للخياط ليست
هذه بطانتي فحلف الخياط انها هي وسعه اخذها ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بكذا درهم
فقال ضعه وفي اجناس الناطفي لو قال بكم تبيع قفيز حنطة فقال بدرهم فقال اعزله فعزله فهو بيع
وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن واخذ اللحم او امتنع
القصاب من دفع اللحم اجبرهما القاضي وكذا اذا قال زن لي ما عندك من اللحم على حساب ثلثة
ارطال بدرهم فوزن بخلاف ما لو قال زن لي ثلاثة ارطال فوزنها له بالخيار لانه ليس بمعلوم
بخلاف ما لو قال من هذا الجنب او من الفخذ وكذا قوله لرجل بوقر بطيخ فيه الكبار والصغار
بكم عشرة من هذه فقال بدرهم فعزل عشرة اختارها فذهب بها والبايع ينظر او عزل البايع عشرة

فقبلها المشتري تم البيع واختلف في ان قبض البدلين شرط في بيع التعاطي او احدهما كاف والصحيح الثاني
ونص محمد رحمه الله على ان بيع التعاطي يثبت بقبض احد البدلين وهذا ينتظم الثمن والمبيع ونصه في
الجامع على ان تسليم المبيع يكفي لاشتراء الاخر ومنها لو ردها بخيار العيب والبايع متيقن انها ليست له فاخذها
ورضي فهو بيع بالتعاطي **قوله** واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالاخر بالخيار وهذا خيار القبول
ان شاء قبل وان شاء رده وللموجب ايهما كان بايعا او مشتريا ان يرجع قبل قبول الاخر عن الايجاب
لانه لم يثبت له حق يبطله الاخر بلا معارض اقوى لان الثابت له بعد الايجاب حق التملك والموجب
هو الذي اثبت له هذه الولاية فله ان يرفعها كعزل الوكيل ولو سلم فلا يعارض حق التملك حقيقة
الملك فلو لم يجز الرجوع لزم تعطيل حق الملك بحق التملك وولاية الاجماع تتقيد الا يرى ان للاب
حق التملك لمال ولده عند الحاجة وقبل تملكه بالفعل كان للولد ان يتصرف فيه كيف شاء ولو
صادف رد البايع قبول المشتري بطل وما اورد في الكافي في الزكوة المعجلة ليس له حق استرداده
لثبوت حق التملك للفقير وحاصل جوابه ان الاصل الموجب للدفع قايم وهو النصاب وانما
الفايت وصفه وهو النما فبعد اخذ السبب حكمه تم الامر وفيما نحن فيه لم يوجد الاصل بل شطره
فلا يكون البيع موجودا وله ان يقبل ما دام المجلس قايما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد
واختلافه باعتراض ما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل اخر ونحوه اما لو قام احدهم ولم يذهب
فظاهر الهداية وعليه مشي جمع انه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضي خان حيث قال فان قام
احدهما بطل يعني الايجاب لان القيام دليل الاعراض فان قيل الصريح اقوى من الدلالة فلو قال
بعد القيام قبلت ينبغي ان لا يثبت الاعراض قلنا الصريح انما كان اقوى ويعمل اذا بقي الايجاب بعد قيامه
وهنا لم يبق فان الاصل ان لا يبقى للفظ بعد الفراغ منه ولا يجتمع قوله قبلت به الا ان للمجلس اثرا في جمع
المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البايع ولم يذهب عن
ذلك ثم قبل المشتري صح واليه اشير في جمع التفاريق وهذا اشرح لقوله فيما ياتي وايهما قام الي
اخره وعلى اشتراط اتحاد المجلس ما اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران ولو كانا على دابة واحدة فاجاب
الاخر لا يصح لاختلاف المجلس في ظاهر الرواية واختار غير واحد كالطحاوي وغيره انه ان اجاب على فور كلامه
متصلا جاز وفي الخلاصة عن النوازل اذا اجاب بعدما مشى خطوة او خطوتين جاز ولا شك انهما اذا
كانا يمشيان مشيا متصلا لا يقع الايجاب الا في مكان اخر بلا شبهة ولو كان المخاطب في صلوة فريضة
ففرغ منها واجاب صح وكذا لو كان في نافلة فضم الي ركعة الايجاب اخرى ثم قبل بخلاف ما لو اكملها اربعا
ولو كان في يده كوز فشرب ثم اجاب جاز وكذا لو اكل لقمة لا يتبدل المجلس الا اذا اشتغل بالاكل ولو نا ما جالسين
لا يختلف ولو مضطجعين او احدهما فهي فرقة والسفينة كالبيت فلو عقدا وهي تجري فاجاب الاخر
لا ينقطع المجلس بجريانها لانهما لا يملكان ايقافها وقيل يجوز في الماشيين ايضا ما لم يتفرقا بذاتيهما
اما السير بلا افتراق فلا وهكذا في خيار المخيرة بخلاف سجدة التلاوة ولو قال بعتك بالف ثم قال
لاخر بعتك بالف فقبلا فهو للثاني لا للاول ولو قال بعتكه بكذا فلم يقبل حتى قام البايع في حاجة بطل
قوله والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة فصورة
الكتاب ان يكتب اما بعد فقد بعت عبدي منك بكذا فلما بلغه وفهم ما فيه قال قبلت في المجلس

العقد والرسالة ان يقول اذهب الي فلان وقل ان فلانا باع عبده فلانا منك بكذا فجا فاخبره
فاجاب في مجلسه ذلك بالقبول وكذا اذا قال بعت عبدي فلانا من فلان بكذا فاذهب يا فلان
فاخبره فذهب فاخبره فقبل وهذا لان الرسول ناقل فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما
فلو بلغه بغير امره فقبل لم يجز لانه ليس رسولا بل فضوليا ولو كان قال بلغه يا فلان فبلغه
غيره فقبل جاز ولو كان المكتوب بعينه بكذا فكتب بعتكه لا يتم ما لم يقل الاول قبلت واما ما ذكر
في المبسوط لو كتب اليه بعني بكذا فقال بعته يتم البيع وليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق
بين النكاح والبيع في شرط الشهود لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع وقيل الفرق بين الحاضر والغايب
فعني من الحاضر يكون استيناما عادة واما من الغايب بالكتابة فيراد به احد شطري العقد هذا
ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الايجاب الذي كتبه وارسله قبل بلوغ الاخر وقبوله سوا علم الاخر
او لم يعلم حتى لو قبل الاخر بعد ذلك لا يتم البيع بخلاف ما لو وكل بالبيع ثم عزل الوكيل قبل البيع
فباع الوكيل فانه ما لم يعلم الوكيل بالعزل قبل البيع فبيعه نافذ وعلى هذا الجواب في الاجارة والهبة
والكتابة فاما الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد في حق المراة والعبد بالاجماع اذا
كانا غايبين على القبول في مجلس بلوغ الخبر بخلاف العكس وهو ان تقول المراة خالعت زوجي وهو
غايب او يقول العبد قبلت عتق سيدي الغايب على الف فانه لا يتوقف بالاجماع وفي النكاح من
الخلاف فعند ابي يوسف يتوقف وعندهما لا **قوله** وليس له ان يقبل الي اخره يعني الا ان
يرضي الاخر بذلك بعد قبوله في البعض ويكون المبيع مما ينقسم عليه بالاجزا ككيل واحد او مكيل
او موزون فاما ان كان مما لا ينقسم الا بالقيمة كثوبين وعبدين لا يجوز وان قبل الاخر والتكلم على
عبارة الكتاب هنا فانها مما وقع فيها تجاذب فنقول الظاهر من نظم الكلام ان ضميرله في قوله وليس له
راجع الي احد المتعاقدين في قوله واذا اوجب احد المتعاقدين البيع او للاخر وحينيذ يكون اعم
من البايع والمشتري فمعناه في البايع انه اذا اوجب المشتري البيع بان قال اشتريت هذه الاثواب
او هذا الثوب بعشرة فليس للبايع ان يقبل في بعض المبيع من الاثواب او الثوب لعدم رضي الاخر
بتفريق الصفقة لانه قد يتعلق غرضه بالجملة بسبب حاجته الي الكل ويعسر عليه تحصيل باقي الاثواب
لعزتها وبعضها لا يقوم بحاجته فلو الزمنا البيع في البعض انصرف ما لم ولم تندفع حاجته وغير
ذلك من الامور واما في المشتري فمعناه اذا اوجب البايع البيع فليس للمشتري ان يقبل في بعضه
اذ يتضرر بتفريق الصفقة لان العادة ان يضم البايعون الجيد الي الردي ليروجونه فلو الزمناه
البيع بغير الردي وذهب ما يروجه به فيتضرر بذلك ومعلوم ان القبول في بعض المبيع يكون
ببعض الثمن بحذفه المصنف للعلم به لكن على هذا لا حاجة لقوله ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن
لان ذلك يستفاد من العبارة الاولى بطريق الدلالة فلزم كون الضمير للبايع ولفظ المشتري
بالبنا للفاعل لتصحيح كلامه اي وليس للبايع ان يقبل في بعض المبيع الذي اوجب فيه المشتري البيع
ولا ان يقبل المشتري في بعض المبيع فيما اذا كان الموجب هو البايع والحاصل ان عدم صحة القبول
في البعض للزوم تفريق الصفقة فوجب ان يعرف بماذا يثبت اتحادها وتفرقها فاعلم انه تارة
يكون من تعدد القابل وتارة من غيره فامن تعدد القابل امتناعه لما فيه من الزام الشركة مثاله ان يقو

البايع لمشتريين بعتكما هذا بالف فقال احدهما اشتريت دون الاخر تعددت فلا يلزم لانه
لو تم في النصف لانه انما خاطبهما بالكل فكان مخاطبا كلا بالنصف فلو لزم صار شريكا للبايع فدخل
عليه عيب الشركة بلا رضاء وكذا لو قال رجل لمالكي عين اشتريت منكما هذه بالف فباعه احدهما دون
الاخر فان بيعه انما يتم في نصيبه فتعددت فلو تم تضرر المشتري الموجب بالشركة ايضا واما
اذا كان الموجب اثنين خاطبا واحدا فقالا بعناك او اشترينا منك هذا بكذا فاجاب هو في بعضه
لا يلزم لكن لا لتعددها بتعدد العاقد بل لاجابته في البعض الا ترى ان الموجب فيها لو كان واحدا
والبا في حاله كان من تعدد الصفقة ايضا فعرف ان هذا من جهة اخرى لا من تعدد العاقد واما
من غيره فصورتين احديهما ان يوجب البايع في مثليين او واحد قيمي او مثلي فيقبل في البعض او يوجب
المشتري فيما ذكرنا بان يقول اشتريت منك بكذا فقبل البايع في البعض فان في كل منهما الصفقة واحدة
واذا قبل في بعضها فرقها فلا يصح فلو كان بين ثمن كل منهما فلا يخلو اما ان يكون بلا تكرار لفظ البيع او
بتكراره فيما اذا كرره فالاتفاق على انه صفقتان فاذا قبل في احدهما يصح مثل ان يقول بعتك هذين
العبدين بعتك هذا بالف وبعتك هذا بالف او اشتريت منك هذين اشتريت هذا بالف وهذا
بالف كذا في موضع وفي موضع ان يقول بعتك هذين بعتك هذا بالف وهذا بالفين وفيما اذا لم
يكرره مثل بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة فظاهر الهداية انه صفقتان وبه قال بعضهم وقال
اخرون صفقة واحدة وان مراد صاحب الهداية اذا كرر لفظ البيع فاما اذا لم يكرره وقد اتحد
الايجاب والقبول والعاقد ولم يتعدد الثمن فالصفقة واحدة قياسا واستحسانا فليس له ان
يقبل في احدهما وقيل الاول استحسان وهو قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قياس وهو قولهما
والوجه الاكتفاء بمجرد تفريق الثمن لان الظاهر ان فائدته ليس الا قصده بان يبيع منه ايهما شاء
والا فلو كان غرضه ان لا يبيعهما منه الا جملة لم يكن فائدة لتعيين ثمن كل منهما **قوله** واذا حصل
الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب وعدم رؤية وهو قول مالك رحمه الله
وقال الشافعي واحمد رحمهما الله لهما خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم
يتفرقا او يكون البيع خيارا رواه البخاري من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وروى البخاري ايضا ان
ابن عمر رضي الله عنهما قال قال النبي صلى الله عليه وسلم البيعان بالخيار ما لم يتفرقا او يقول احدهما
لصاحبه اختر وروى البخاري ايضا من حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عنه عليه السلام
البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا السمع والقياس اما السمع فقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اوفوا
بالعقود وهذا عقد قبل التخيير وقوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم وبعد الايجاب والقبول تصدق تجارة عن تراض غير متوقف على التخيير فقد اباح
تعالى اكل المشتري قبل التخيير وقوله تعالى واشهدوا اذا تبايعتم امر بالتوثق بالشهادة حتى لا يقع
التجاحد للبيع والبيع يصدق قبل الخيار وبعد الايجاب والقبول فلو ثبت الخيار وعدم اللزوم
قبله كان ابطالا لهذه النصوص ولا مخلص له من هذا الا ان يمنع تمام العقد قبل الخيار ويقول
العقد الملزم يعرف شرعا وقد اعتبر الشرع في كونه ملزما اختيار الرضى بعد الايجاب والقبول بالاخبار
الصحيحة وكذا لا تتم التجارة عن التراضي الا به شرعا فانما اباح الاكل بعد الاختيار لاعتباره في التجارة عن

تراض واما حديث حبان بن منقذ رضي الله عنه حيث قال له النبي صلى الله عليه وسلم اذا ابتعت فقل
لا خلابة ولي الخيار فقد اثبت له اشتراط خيار آخر وهو ثلثة ايام فانما يدل على ان خيار ثلثة ايام
لا يثبت الا بالاشتراط في صلب العقد لا اصل الخيار ولا مخلص الا بتسليم امكان اعتبار الخيار في لزوم
العقد وادعاء انه غير لازم من الحديث المذكور كما فعل المصنف بناء على ان حقيقة المتبايعين المتشاغلين
بامر البيع لا من تم البيع بينهما وانقضى لانه مجازه والمتشاغلان يعني من المتنا ومن يصدق عند
ايجاب احدهما قبل قبول الاخر فيكون ذلك هو المراد وهذا هو خيار القبول وهذا محمل ابراهيم
النخعي رحمه الله تعالى لا يقال هذا ايضا مجاز لان قبل قبول الاخر الثابت بايع واحد لا متبايعان
لانا نقول هذا من المواضع التي تصدق الحقيقة فيها بجزء من معنى اللفظ كالمخبر لا حقيقة له الا
حال التكلم بالخبر والخبر لا يقوم به دفعة لتصدق حقيقته حال قيام المعنى بل على التعاقب في اجزائه
فبالضرورة يصدق مخبر حال النطق ببعض حروف الخبر والا لا يتحقق له حقيقة ولانا نفهم من قول
القائل زيد وعمرو هناك يتبايعان على وجه التبادر انهما متشاغلان بامر البيع متراضيان فيه فليكن هو
المعنى الحقيقي والحمل على الحقيقي متعين فيكون الحديث دليل اثبات خيار القبول لنفي توهم انهما اذا اتفقا
على الثمن وتراضيا عليه ثم اوجب احدهما البيع يلزم الاخر من غير ان يقبل ذلك اصلا للاتفاق والتراضي
السابق في الزامه بكلام احدهما بعده قال المصنف رحمه الله تعالى وهو يحتمله فيحمل عليه جمعا
بين ما ذكرنا من الايات حيث كان المتبادر الى الفهم فيها تمام البيع والعقد والتجارة عن تراض بمجرد
الايجاب والقبول وعدم توقفها لا سيما على امر اخر لا يقال ان ما في خيار القبول خيار احد المتبايعين
وهو الثاني القابل لا خيارهما لانه ممنوع بل الموجب ايضا له خيار ان يرجع قبل قبول الاخر وان لا
يرجع وعلى هذا فالتفرق الذي هو غاية قبول الخيار تفرق الاقوال وهو ان يقول الاخر بعد الايجاب
لا اشتري او يرجع الموجب قبل القبول واسناد التفرق الى الناس مرادا به تفرق اقوالهم كثير في الشرع
والعرف قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال صلى الله عليه
وسلم افترقت بنو اسرائيل على ثنتين وسبعين فرقة وستفترق امتي على ثلث وسبعين فرقة وحينئذ
فيراد باحدهما في قوله او يقول احدهما لصاحبه اختر الموجب يقول له بعد ايجابه للاخر اختر تقبل او لا
والاتفاق على انه ليس المراد ان بمجرد قوله اختر يلزم البيع بل حتى يختار البيع بعد قوله اختر فكذا في
خيار القبول والله سبحانه اعلم واما القياس فعلى النكاح والخلع والعتق على مال والكتابة كل منها
عقد معاوضة يتم بلا خيار المجلس بمجرد اللفظ الدال على الرضى فكذا البيع واما ما يقال تعلق حق كل
من العاقدين ببدل الاخر فلا يجوز ابطاله فيرد منعه بان ذلك بالشرع والشرع نفاه الى غاية الخيار
بالحديث فانما يرجع الكلام فيه الى ما ذكرنا من معنى المتبايعين واما ما قيل حديث التفرق رواه مالك ولم
يعمل به فلو كان المراد به ذلك لعمل به فغايته في الضعف اذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره بل ما لك عنده
محجوج به **قوله** والاعواض المشار اليها سواء كانت مبيعات كالحبوب والثياب او اثمانا كالدراهم
والدنانير لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع فاذا قال بعتك هذه الصبرة من الحنطة او هذه
الكورجة من الارز والشاشات وهي مجهولة العدد بهذه الدراهم التي في يدك وهي مرئية له فقبل
جاز ولزم لان الباقي جهالة الوصف يعني القدر وهو لا يضر اذ لا يمنع من التسليم والتسلم لتعجله كجهالة

القيمة لا تمنع الصحة في الفتاوي قال لغيره لك في يدي ارض خربة لا تساوي شيا فبعها مني بستة دراهم
فباعها وهو لا يعلم وقيمتها اكثر جاز البيع بخلاف السلم لا يثار للعوض فيه للاجل فلا يصح في المسلم فيه
اتفاقا ولا في راس مال السلم اذا كان مكيلا او موزونا عند ابي حنيفة رحمه الله لما تجي ثم المسئلة
مقيدة بغير الاموال الربوية وبالربوية اذا قوبلت بغير جنسها اما الربوية اذا قوبلت بجنسها كالحنطة
بالحنطة والذهب بالذهب فلا يصح مع الاشارة اليها لاحتمال الربو واحتمال الربو مانع كحقيقة
الربا شرعا والتقييد بمقدارها في قوله لا تحتاج الى معرفة مقدارها احترازا عن الصفة فانه لو اراه
دراهم وقال اشتريته بهذه فوجدها زيوفا او نبهرجة كان له ان يرجع بالجياد لان الاشارة الى
الدراهم كالتنصيص عليها وهو ينصرف الى الجياد ولو وجدها ستوقة او رصاصا فسد البيع
وعليه القيمة ان كان اتلفها ولو قال اشتريتها بهذه الصرة من الدراهم فوجد البايع ما فيها خلاف
نقد البلد فله ان يرجع بنقد البلد لان مطلق الدراهم في البيع ينصرف الى نقد البلد وان وجدها
نقد البلد جاز ولا خيار للبايع بخلاف ما لو قال اشتريت بما في هذه الخابية ثم راى الدراهم التي
كانت فيها كان له الخيار وان كانت نقد البلد لان الصرة يعرف مقدار ما فيها من خارجها وفي
الخابية لا يعرف ذلك من الخارج وكان له الخيار ويسمى هذا الخيار خيار الكمية لا خيار الرؤية لان
خيار الرؤية لا يثبت في النقود قوله والاثمان المطلقة اي عن قيد الاشارة لا يصح حتى يكون معلوم [القدر]
القدر كخمسة وعشرة دراهم او اكرار حنطة بخلاف ما لو اشترى بوزن هذه الحجر ذهبا فانه ليس
عوضا مشارا اليها فان المشار اليه الحجر ولا يعلم قدر جرم ما يوزن به من الذهب فلهذا اذا اشترى
بوزن هذا الحجر ذهبا فوزن به كان له الخيار ومما لا يجوز البيع به البيع بقيمته او بما حل به او بما يريد
او يحب او براس ماله او بما اشتراه او بمثل ما اشترى فلان لا يجوز فان علم المشتري بالقدر في المجلس
فرضيه عاد جائزا وكذا لا يجوز بالف درهم الا دينارا او بماية دينار الا درهما ولذا لا يجوز بمثل ما
يبيع الناس الا ان يكون شيا لا يتفاوت كالخبز واللحم والصفة كعشرة دراهم بخارية او سمرقندية
وكذا حنطة بحرية او صعيدية وهذا لانها اذا كانت الصفة تتحقق المنازعة في وصفها فالمشتري
يريد دفع الادون والبايع يطالب الارفع فلا يحصل مقصود شرعية العقد وهو دفع الحاجة
بلا منازعة واعلم ان الاعواض في البيع اما دراهم او دنانير فهي ثمن سواء قوبلت بغيرها او بجنسها
ويكون صرفا واما اعيان ليست مكيلة ولا موزونة فهي مبيعة ابدا ولا يجوز فيها البيع الا عينا
الا فيما يجوز فيه السلم كالثياب وكما تثبت الثياب مبيعا في الذمة بطريق السلم تثبت دينا مؤجلا
في الذمة على انها ثمن وحينئذ يشترط الاجل لا لانها ثمن بل لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينا
في الذمة فلذا قلنا اذا باع عبدا بثوب موصوف في الذمة الى اجل جاز ويكون بيعا في حق العبد
حتى لا يشترط قبضه في المجلس بخلاف ما لو اسلم الدراهم في الثوب وانما ظهرت احكام المسلم فيه
في الثوب حتى شرط فيه الاجل وامتنع بيعه قبل قبضه لالحاقه بالمسلم فيه او مكيل او موزون او
عددي متقارب كالبيض فان قوبلت بالنقود فهي مبيعات او بامثالها من المثليات فما كان موصوفا
في الذمة فهو ثمن وما كان معينا فمبيع فان كان كل منهما معينا فما صحبه حرف الباء ولفظ على ان كان ثمنا
والآخر مبيعا وقال خواهر زاده رحمه الله في شهادات الجامع الكيل والموزون اذا لم يكن معينا فهو ثمن

لعله مجهول

دخل

دخل عليه حرف الباء او لم يدخل فلذا لو قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد لا يصح الا بطريق
السلم فيجب ان يضرب الاجل للحنطة واعلم ان التقدير المشروط قد يكون عرفا كما يكون نصا في الفتاوي
لو قال اشتريت منك هذا الثوب او هذه الدار او هذه البطيخة بعشرة ولم يقل دنانير او دراهم
ان كان في البلد يبتاع الناس بالدنانير والدراهم والفلوس ينعقد البيع في الدار بعشرة دنانير وفي
الثوب بعشرة دراهم وفي البطيخة بعشرة افلس وان كان في بلد لا يبتاع الناس بهذه الجملة ينصرف
الى ما يبتاع الناس بذلك النقد انتهى وحاصل هذا انه اذا صرح بالعدد فتعيين المعدود من كونها
دراهم او دنانير او فلوسا يثبت على ما يناسب المبيع ولو وقع شك فيما يناسب وجب ان لا يتم البيع قوله
ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وما بثمن مؤجل بيع وفي صحيح
البخاري عن عايشة رضي الله عنها اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما من يهودي الى اجل
ورهنه درعا له من حديد وفي لفظ للصحيحين طعاما بنسيئة وقد سمي هذا اليهودي في سنن البيهقي
اخرجه عن جابر انه عليه الصلاة والسلام رهن درعا عند ابي الشحم رجل من بني ظفر في شعير ولا
بد ان يكون الاجل معلوما لان جهالته تفضي الى المنازعة في التسليم والتسلم فهذا يطالبه في قريب
المدة وذاك في بعيدها ولانه عليه الصلاة والسلام في موضع شرط الاجل وهو السلم اوجب فيه
التعيين حيث قال من اسلف في تمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم وعلى كل ذلك انعقد الاجماع
واما البطلان فيما اذا قال بعتكه بالف حالا او بالفين الى سنة فلجهالة الثمن ومن جهالة الاجل ما اذا
باعه بالف على ان يؤدي اليه الثمن في بلد اخر ولو قال الى شهر على ان تؤدي الثمن في بلد اخر جاز بالف
الى شهر ويبطل شرط الايفاء في بلد اخر لان تعيين مكان الايفاء فيما لا حمل له ولا مؤنة لا يصح
فلو كان له حمل ومؤنة صح ومنه على قول محمد ما اذا باعه على ان يدفع اليه المبيع قبل ان يدفع الثمن
فان البيع فاسد لان محمدا رحمه الله علله بتضمنه اجلا مجهولا حتى لو سمي الوقت الذي يسلم اليه فيه
المبيع جاز البيع واما ابو يوسف فانما علله بالشرط الذي لا يقتضيه العقد قوله ومن اطلق الثمن
في البيع اي اطلقه عن ذكر الصفة بعد ذكر العدد بان قال عشرة دراهم مثلا انصرف الى غالب نقد
البلد لانه هو المتعارف فينصرف المطلق اليه فان كان اطلاق اسم الدراهم في العرف تخصص بها
مع وجود دراهم غيرها فهو تخصيص الدراهم بالعرف القولي وهو من افراد تلك الحقيقة بدلالة
العرف وان كان التعامل بها في الغالب كان من تركها بدلالة العادة وكل منهما واجب بالجواز وعدم
اهدار كلام العاقل فان كانت النقود مختلفة المالية كالذهب الاشرفي والظاهري بمصر لكنها في
الرواج سواء فالبيع فاسد لعدم امكان الصرف الى احدها بعينه دون الاخر لما فيه من التحكم عند
التساوي في الرواج واذا لم يمكن الصرف الى احدها والحالة انها متفاوتة المالية جاءت الجهالة المفضية
الى المنازعة لان المشتري يريد دفع الانقص مالية والبايع يريد الاعلى فيفسد البيع الا ان ترتفع الجهالة
ببيان احدهما في المجلس ويرضى الاخر لارتفاع المفسد قبل تقرره وصار كما لو قال الداين لمديونه
بعني الثوب ببعض العشرة التي لي عليك وبعني هذا الاخر بباقي العشرة فقال نعم كان صحيحا لعدم افضاء
جهالة الثمن الاول الى المنازعة بضم البيع الثاني اليه اذ به يصير ثمنهما عشرة وهذا محمول على قول الداين
بعد قول المديون نعم ونحوه وان كانت مختلفة المالية والرواج معا فالبيع صحيح وينصرف الى الاروج

للوجه الذي تقدم من وجوب العمل بالعرف والعادة وكذا اذا كانت متساوية المالية والرواج
يصح البيع ويؤدي من ايهما شاء لانه لا فضل لاحدهما فلو طلب البائع احدهما بعينه كان للمشتري
ان يعطيه من الصنف الاخر لان الامتناع عن قبض ما اعطاه المشتري مع انه لا فضل للاخر عليه ليس
فيه الا التعنت ولهذا قلنا الدراهم والدنانير لا تتعين حتى لو اراه درهما اشترى به فباعه
ثم حبسه واعطاه درهما اخر جاز يعني اذا كانا متحدي المالية والثنائي والثلاثي اسماء دراهم
كانت ببلادهم مختلفة المالية وكذا الركني والخليفتي في الذهب كان الخليفتي افضل مالية عندهم
والعدالي اسم الدرهم قوله ويجوز بيع الطعام وهي الحنطة ودقيقها خاصة في العرف الماضي كما
يدل عليه حديث الفطرة كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام او صاعا من
شعير فقوله والحبوب عطف العام على الخاص او يقدر وكذا باقي الحبوب فلا يثنا والطعا
مكايلة اي بشرط عدد من الكيل والا ففي اللغة المكايلة اي تكيل له ويكيل لك ومجازفة اي بلا كيل ولا
وزن بل باراءة الصبرة والجوف في الاصل الاخذ بكثرة من قولهم جزف له في الكيل اذا اكثر ومرجعه
الى المساهلة قال المصنف وهذا يعني البيع مجازفة مقيد بغير الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها
فاما الاموال الربوية اذا بيعت بجنسها فلا يجوز مجازفة لاحتمال الربوا وهو مانع كحقيقة الربوا
وهذا ايضا مقيد بما يدخل تحت الكيل منها واما ما لا يدخل كحفنة بحفنتين فيجوز وفي الفتاوى
الصغرى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين فقال ما حرم في الكثير حرم في القليل والقيد مقيد ايضا
بما اذا باع غير الحبوب من الربويات بجنسها كفة بكفة فانه لا يخرج عن المجازفة بسبب انه لا يعرف قدره
ومع ذلك لو باع الفضة كفة ميزان بكفة ميزان جاز ولان المانع انما هو احتمال الربو وهو باحتمال
التفاضل وهو منتف فيما اذا وضع صبرة فضة في كفة ميزان ووضع مقابلها فضة حتى وزنها
فيجوز والحديث الذي ذكره بمعناه وهو ما روى اصحاب الكتب الستة الا البخاري عنه عليه السلام
انه قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر والملح بالملح مثلا
بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد ولان هذه
الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم لتعجيل التسليم على ما تقدم فلا يمنع فشابه جهالة القيمة
للمبيع بعد رؤيته ومشاهدته فانه لو اشترى من انسان ما يساوي مائة بدرهم والبائع لا يعلم قيمة
ما باع لزم البيع قوله ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره قد
قيد الاناء بكونه مما لا يحتمل الزيادة والنقصان كان يكون من خشب او حديد اما اذا كان يحتمل
كالزنبيل والجوالق فلا يجوز وعلى هذا بيع ملء قربة بعينها او راوية من النيل عن ابي حنيفة انه لا يجوز لان
الماء ليس عنده ولا يعرف قدر القربة لكن اطلق في المجرد جوازه ولا بد من اعتبار القرب المتعارف في
البلد مع غالب المتبايعين فلو ملا له باصغر منها لا يقبل وكذا راوية منه يوفيه من منزله وعن ابي يوسف
اذا ملاها ثم تراضيا جاز كما قالوا لو باع الحطب ونحوه احمالا لا يجوز ولو حمله على الدابة ثم باعه الحمل
جاز لتعين قدر المبيع في الثاني وفي الخلاصة اشترى كذا كذا قربة من ماء الفرات جاز استحسانا اذا
كانت القربة معينة وعن ابي يوسف ايضا يجوز في القرب مطلقا وفي المحيط بيع الماء في الحياض والابار
لا يجوز الا اذا جعله في وعاء ووجه وفي المبسوط مسئلة الكتاب بان في المعين مجازفة يجوز فبمكيال غير

معروف اولى وفيه نظر فان في المجازفة الاشارة الى عين المبيع ثابتة تفيد الاحاطة بمقدار جرمه
واقطاره ومثل هذا التمييز لا يحصل لما في كيل غير معلوم قبل ان يصب فالاولوية منتفية بلا
شك والوجه يقتضي ان يثبت الخيار اذا كال به او وزن للمشتري كما في الشراء بوزن هذا الحجر ذهبا
نص في جمع النوازل على ان فيه الخيار اذا علم به ومعلوم ان ذلك بالوزن وفي جمع التفاريق عن
ابي حنيفة ومحمد رحمه الله جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار وينبغي ان يكون هذا محمل الرواية
عن ابي حنيفة انه لا يجوز في البيع ايضا كما لا يجوز في السلم فقوله لا يجوز اي لا يلزم قال المصنف والاول
اصح اي من جهة الرواية واظهر اي من حيث الوجه المذكور في الكتاب وحاصله ان الجهالة وان كانت
ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة وذلك لانه لا يتعجل فيندر هلاكه بخلاف السلم لانه يتأجل
فيتحقق هلاك ذلك الكيل والحجر فيتعذر تسليم المسلم فيه ولا يخفى ان هذا الوجه لا ينفي ثبوت الخيار
واقرب الامور الى ما نحن فيه قول ابي حنيفة في المسئلة التي تلي هذه وهي ما اذا باع صبرة كل قفيز بدرهم
انه اذا كال في المجلس حتى عرف المقدار صح ويثبت الخيار للمشتري كما اذا رآه ولم يكن رآه مع ان الفرض انه
راى الصبرة قبل الكيل ووقعت الاشارة اليها لكن هذه الرواية اتم وصار كما اذا راى الدهن في
قارورة زجاج فانه يثبت الخيار بعد صبه هذا وقد روي عن ابي يوسف اشتراط كون ما يوزن به لا
يحتمل النقصان حتى لا يجوز بوزن هذه البطيخة ونحوها لانها تنقص بالجفاف وعول بعضهم على
ذلك وليس بشيء فان البيع بوزن حجر بعينه لا يصح الا بشرط تعجيل التسليم ولا جفاف يوجب نقصا
في ذلك الزمان وما قد يعرض من تأخره يوما او يومين ممنوع بل لا يجوز ذلك كما لا يجوز الاسلام
في وزن ذلك الحجر لخشية الهلاك فيتعذر التسليم وتقع المنازعة المانعة منه والفرض ان اقل
مدة السلم ثلثة ايام ولا شك ان تأخر التسليم فيه الى مجلس اخر يفضي الى المنازعة لان هلاكه ان
ندر فالاختلاف في انه هو او غيره والتهمة فيه ليس بنادر وكل العبارات تفيد تقييد صحة البيع
في ذلك بالتعجيل كما في عبارة المبسوط حيث قال لو اشترى بهذا الاناء يدا بيد فلا باس به ثم ان في المعين
البيع مجازفة يجوز فبمكيال غير معروف اولى وهذا لان التسليم عقيب البيع الى اخر ما ذكر وتقدم النظر
في الاولوية هذا واورد على التعليل بان الجهالة لا تفضي الى المنازعة ما اذا باع عبدا من اربعة بان يأخذ
المشتري ايهم شاء او باع باي ثمن شاء فالبيع باطل مع انه لا يفضي الى المنازعة اجيب بان المبطل في
المورد معنى اخر وهو عدم المبيع والثمن لا الجهالة وكان مقتضاه انه لا يجوز في عبد من ثلثة لكن جاز
على خلاف القياس كما سياتي ولا شك ان القياس ما عن ابي حنيفة في القربة من ماء النهر وانه كبيع الطير قبل
ان يصطاده كما لو باعه كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة صرحوا بانه لا يجوز الا ان يكون سلما واما
الاستحسان الثابت بالتعامل فمقتضاه الجواز بعد ان يسمي نوع القربة في ديارنا بمصر اذا لم تكن معينة
مثل قربة كتافية او سقاوية او رواسية كبيرة ثم بعد ذلك التفاوت يسير اهدر في الماء ونظير ما نحن فيه
ما اذا باع حنطة مجموعة في بيت او مطمورة في الارض والمشتري لا يعلم مبلغها ولا منتهى حفر الحفيرة له
الخيار اذا علم ان شاء اخذها بجميع الثمن وان شاء ترك وان كان يعلم منتهى المطمورة ولا يعلم مبلغ الحنطة
جاز ولا خيار له الا ان يظهر تحتها دكان او صفة ونحوها كذا في فتاوى القاضي وعن ابي جعفر باعه
من هذه الحنطة قدر ما يملأ هذا الطست جاز ولو باعه قدر ما يملأ هذا البيت لا يجوز وفي الفتاوى

بعت منك ما لي في هذه الدار من الرقيق والدواب والثياب والمشتري لا يعلم ما فيها فهو فاسد لجهالة
المبيع ولو قال ما في هذا البيت جاز وان لم يعلم به لان الجهالة يسيرة واذا جاز في البيت جاز في
الصندوق والجوالق ولو قال بعت منك نصيبي من هذه الدار فشرط الجواز علم المشتري بنصيبه
دون علم البايع وتصديق البايع فيما يقول ولو اشترى موزونا باناء على ان يفرغه ويزن الاناء
فيحط قدر وزنه من الثمن جاز وكما تمنع الجهالة السابقة كذلك تمنع اللاحقة قبل التسليم فلذا اختلفوا
فيما اذا باع الجمد الكاين في المجمدة قيل لا يجوز حتى يسلم ولا اثم ببيع والاصح جوازه مطلقا وهو اختيار
الفقيه ابي جعفر اذا سلم قبل ثلثة ايام ولو سلم بعدها لا يجوز لانها تذوب في كل ساعة وهو وجه من
منع قبل التسليم غير ان النقص قليل قبل الايام الثلثة غير معتبر فلذا اهدر وجاز وقيل انه يختلف باختلاف
الصيف والشتا وغلا الجمد ورخصه فينظر الى ما يعده الناس كثيرا بحسب الاوقات فيجوز اذا سلمه
قبل وسياتي في هذا الباب شي في خيار الرؤية ان شاء الله تعالى **قوله** ومن باع صبرة طعام الى اخره
كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله يعني ان موجب هذا اللفظ والاشارة
ايجاب البيع في واحد عنده ويتوقف في الباقي الى تسمية الكل في المجلس او كيله فيه فيثبت حينئذ على
وجه يكون الخيار للمشتري فان رضي هل يلزم البيع على البايع وان لم يرض او يتوقف على قبوله ايضا روى
ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لا يجوز الا بتراضيهما وروى محمد خلافه حتى لو فسخ البايع البيع بعد الكيل
ورضي المشتري باخذ الكل لا يعمل فسخه وقال ابو يوسف ومحمد صح البيع في الكل وهو قول الايمة الثلثة
ثم اذا جاز في قفيز واحد فللمشتري فيه الخيار لتفرق الصفقة عليه دون البايع لان التفريق جاء من قبله
بسبب عدم تسميته جملة القفزان له انه تعذر صرف البيع الى الكل لجهالة المبيع والثمن ولا جهالة في القفيز
فلزم فيه واذا زالت بالتسمية او الكيل في المجلس يثبت الخيار كما اذا ارتفعت بعد العقد بالرؤية اذ المؤثر
في الاصل ارتفاع الجهالة بعد لفظ العقد وكونه بالرؤية ملغي بخلاف ما اذا علم ذلك بعد المجلس لتقرر
المفسد وما في المحيط عن بعض المشايخ ان عنده يصح في الكل وان علم بعد المجلس بعيد لان ما في المجلس كالثابت
في صلب العقد بخلاف ما بعده ولا يلزم اسقاط خيار اربعة ايام بعد المجلس وكذا ازالة جهالة الاجل
المجهول بعدهما حيث يجوز العقد بزوال المفسد بعد المجلس لان المفسد فيهما لم يتمكن في صلب العقد فلا
يتقيد رفع المفسد بالمجلس وهذا لان اثر الفساد فيهما لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع
وامتداد الاجل واما ما اورد من ان الجهالة وان كانت ثابتة لكنها لا تفضي الى المنازعة لان بعد العلم
بان كل قفيز بدرهم لا يتفاوت الحال بين كون القفزان كثيرا او قليلا فجوابه ان المفسد هنا جهالة الثمن
كمية خاصة وقدر العدد الاشارة ولا معرف لها غير ذلك واما الجواب بمنع كونها غير مفضية الى المنازعة
لان البايع قد يطالب المشتري بتسليم الثمن وهو لا يقدر على ذلك لعدم معرفة قدره فيتنازعان
فيها فغير ظاهر لانه لا يتصور ان يطالبه الا بعد ان يكيله ليعرف القدر الذي يطالبه به اذ لا يمكن ان يطالبه
الا بكمية خاصة مشار اليها او مضبوطة الوزن وحينئذ يعلمها المشتري فيقدر على التسليم ولو امتنع
بعدهما بالتفسير كان مطلا لا المنازعة المفسدة ولما ان هنا جهالة بيديهما ازالتها بان يكيلا في
المجلس والجهالة التي بيديهما كذلك لا تفضي الى المنازعة كبيع عبد من عبدين او ثلثة على ان المشتري بالخيار يأخذ
ايهما شاء وقد اورد عليه نقض اجمالي الوضع ما ذكر من ان الجهالة التي بيديهما ازالتها غير مانعة من الصحة

لزم صحة البيع بالرقم عندهما وان يجوز بيع عبد من اربعة على ان المشتري مخير في تعيينه وان يجوز
البيع باي ثمن شاء لكن البيع في الكل باطل اجيب بان البيع بالرقم تمكنت الجهالة به في صلب العقد وهو
جهالة الثمن بسبب الرقم وصار بمنزلة القمار للخطر الذي فيه انه سيظهر كذا وكذا وجوازه اذا علم
في المجلس بعقد اخر هو التعاطي كما قاله الحلواني بخلاف ما نحن فيه لانه كما يعلم بكيل البايع يعلم بكيل المشتري
ومثل هذا القول بالبيع باي ثمن شاء ومثله في احد العبيد الاربعة في جانب المبيع فان البيع لا ينعقد في
غير معين فكان بيعا بلا مبيع وكان مقتضى هذا ان لا يجوز في عبد من ثلثة الا انه ثبت بدلالة نص شرط
الخيار ثلثة ايام ولا يخفى ان كل اجوبة هذه النقوض تصلح ادلة لابي حنيفة فانها تضمنت تسليم ان الجهالة
وان كانت بيديهما ازالتها بعد كونها في صلب العقد وهي ان تكون في الثمن كالبيع بالرقم وباي ثمن شاء
او في المبيع كبيع عبد من اربعة يمنع جواز البيع وجهالة الثمن على وجه يشبه القمار وعدم العلم به مع
امكان ازالتها ثابت في محل النزاع اذ جاز ان لا يظهر كونه مائة او خمسين الا بكيل احدهما وكون ذلك بكيل
كل منهما وفي الرقم يظهر بالبايع فقط لا اثر له في دفع منع الخطر والتمكن في صلب العقد وهو المفسد
واذا فسد البيع في عبد من اربعة والجهالة في مضبوط لانحصارها في احتمالات اربعة لا تتعداها
فلان تفسد في صبرة لا تنضبط الاحتمالات في خصوص الثمن على كونه اربع امكانات او عشرة اولى بل سجل
عليهما ببطلان قياسهما على بيع عبد من عبدين اذ ظهر من الجواب انه معدول عن القياس ولذا امتنع في
اربعة اعبد وحينئذ ترجح قول ابي حنيفة وظهر ان كون العاقدين بيديهما ازالة جهالة في صلب العقد
من الثمن والمبيع لا يوجب صحة البيع قبل ازالتها بدلالة الاجماع على عدم الصحة في الصور المذكورة مع
امكان ازالتها فيها وغايته اذا ازيلت في المجلس وهما على رضاهما ثبت بعقد التراضي والمعاطاة لا
بعين الاول كما ذكر في الرقم بل ولهذه الفروع المذكورة امثال يطول عدها يبطل البيع فيها لجهالة
في الثمن او المبيع مع امكان ازالة احد المتعاقدين لها وتاخير صاحب الهداية دليلهما ظاهر في ترجيحه
قولهما وهو ممنوع واما ما يحمل قول ابي حنيفة عليه مما ذكر في المبسوط من ان الاصل عنده انه متى اضيف
كلمة كل الى ما لا تعلم نهايته فانما يتناول ادناه لصيانته عن الالغاء كالاقرار بان عليه كل درهم انما
يلزمه درهم واحد وكذا الاجارة كل شهر بدرهم تلزم في شهر واحد فلا حاجة له هنا لانه لو منع صحة
هذا الاصل كان اثباته بعين ما ذكر في تعليل المسئلة من ثبوت الجهالة في المجموع والتيقن في الواحد فهو
نفسه اصل هذا الاصل **فرع** اشترى طعاما بغير جنسه خارج المصر وشرط ان يوفيه في منزل
من المصر فالعقد فاسد لان المشتري يملكه بنفس العقد فاذا اشترط لنفسه منفعة الحمل فسد ولو
كان في المصر وشرط ان يحمله الى منزله فهو فاسد ولو عبر بقوله بشرط ان يوفيه في منزله ففي القياس
فاسد وهو قول محمد واستحسن ابو حنيفة وابو يوسف جوازه بالعرف فان الانسان يشتري الحطب والشعير
على الدابة ولا يكتري دابة اخرى يحمله عليها بل البايع هو يحمله بخلاف خارج المصر وبعض المشايخ لم يفرقوا
بين لفظ الحمل والايفاء في الاستحسان لان المراد منهما واحد واختار شمس الايمة الفرق فان الايفاء من
مقتضيات العقد فشرطه ملايم بخلاف الحمل **قوله** ومن باع قطيع غنم الى اخره لما ذكر الصورة التي
في المثليات ذكر نظيرها في القيميات فاذا اضاف البيع على الوجه المذكور في الحيوانات بان قال بعتك
هذا القطيع كل شاة بدرهم او هذا الثوب كل ذراع بدرهم ولم يبين عدد الغنم ولا الذرعان ولا جملة

الثمن فسد في الكل عند ابي حنيفة اما اذا سمي احدهما فيصح بالاتفاق للعلم بتمام الثمن مطابقة او التزاما
فيما اذا اقتصر على بيان عدد القطيع وعندهما يجوز في الكل لما قلنا من ان الجهالة بيدهما ازالتها وعنده
ينصرف الى الواحد لما بينا من جهالة كل الثمن والقاء كون ارتفاعها بيدهما غير ان الاحاد هنا متفاوتة
فلم ينقسم الثمن على الجملة بالاجزاء فتقع المنازعة في تعيين ذلك الواحد فسد في الكل ولهذا لو باع شاة
او عشرا من ماية شاة او بطيخة او عشرا من وقر بطيخ كان باطلا واما الجواز فيما اذا عزلها وذهب والبايع
ساكت فبالتعاطي على ما قدمنا قال العتابي ان ذلك في ثوب يضره التبعيض اما في الكرباس فينبغي ان يجوز عنده
في ذراع واحد كما في الطعام وعلى هذا الخلاف كل معدود متفاوت كل بطيخ كل بطيخة بفلس والرمان
والسفرجل والخشب والاواني والرقيق والابل ولو باع نصيبه من هذا الطعام روي الحسن عن ابي حنيفة
لا يجوز وان بينه بعد ذلك وكذا في الدار وهذا غير لايق باصله المذكور في الخلافية وفي الخلاصة
اشترى العنب كل وقر بكذا والوقر عندهم معروف ان كان العنب من جنس واحد يجب ان يجوز في وقر واحد
عند ابي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وان كان العنب اجناسا لا يجوز البيع اصلا عند ابي حنيفة
كقطيع الغنم وعندهما يجوز اذا كان جنسا واحدا في كل العنب كل وقر بما قال وكذا اذا كان الجنس مختلفا
هكذا اورد الصدر الشهيد والفقيه ابو الليث جعل الجواب بالجواز فيما اذا كان العنب من جنس واحد
متفقا عليه وان كان من اجناس مختلفا فيه ثم قال الفقيه والفتوى على قولهما تيسيرا للامر على الناس
انتهى وتفريع الشهيد اوجه **قوله** ومن باع صبرة طعام على انها ماية قفيز مثلا بماية فعلق العقد
على ذلك الكيل المسمى بعينه حتى لو وجدت ناقصة كان للمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن
لان الثمن ينقسم بالاجزاء على اجزاء المبيع المثلي مكيلا او موزونا وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة الواحدة
عليه وكذا الخلاف في كل مكيل وموزون وان وجدها زايدة فالزيادة للبايع لان البيع وقع على مقدار
معين ليس له جهة الوصفية فما زاد عليه لم يدخل في العقد فيكون للبايع ولو كان المشتري ثوبا او
ارضا على انه عشرة بعشرة او ماية ذراع بماية فوجد المبيع اقل فان شاء اخذ الموجود بكل الثمن وان شاء
ترك وان وجدها زايدة على العشرة او الماية كان الكل للمشتري ولو كان قال على انها ماية ذراع مثلا
بماية كل ذراع بدرهم فوجدها اقل فللمشتري الخيار ان شاء اخذ الموجود كل ذراع بدرهم وان شاء
فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه وان كان وجدها اكثر فله الخيار ان شاء اخذ الكل كل ذراع بدرهم
وان شاء فسخ البيع واصل هذا ان الذرع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف
يستلزم زيادة اجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشيء من الثمن وذلك فيما اذا قال
على انها ماية بماية ولم يزد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شيء
من الثمن كاطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية واعورت في يد البايع قبل التسليم لا ينقص شيء من الثمن
او اعورت عند المشتري جاز له ان يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما
تخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على انه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله
الزايدة كما اذا باعه على انه معيب فوجده سليما هذا ان لم يفرد بالثمن فان افرد بالثمن وهو اذا قال على انها
ماية بماية كل ذراع بدرهم صار اصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باع هذه
الرزمة من الثياب على انها ماية ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة تخير بين ان ياخذ الاثواب

الموجودة بحصتها من الثمن وبين ان يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه
الصورة وهذا لانه لو اخذها بكل الثمن لم يكن اخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زايدة لم يعلم
له الزيادة لصيرورتها اصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زادت عدد الثياب على المشروط
وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زادت فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجري
في تعيين الثوب الذي يرد الى البايع بسبب انه اصل من كل وجه اما هنا فالذراع ليس اصلا من كل وجه
ليفسد فيثبت له الخيار بين ان ياخذ الزايد بحصته وبين ان يفسخ لانه وان صح له اخذ الزايد لكنه
بضرر يلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا
ظهر انهم اعتبروا الطول وصفا تارة واصلا اخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا اصلا
دايما مع ان الطول والعرض ايضا يرجع الى القدر ويمكن ان يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق
فقيل لان المثلي لا ينتقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكاينة ماية قفيز لو صارت الى القفيز
في القلة لم ينتقص قيمة القفيز بخلاف الثوب والارض الا ترى ان الثوب الذي عادته عشرة
وهو قدر ما يفصل قباء او فرجية كان بثمن اذا قسم على اجزايه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو افرد
الذراع وبيع مفرده لم يبلغ وفي الاسواق ذلك المقدار بل اقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض
الذي يصنع بالثوب الكامل فعلمنا ان كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد **قوله** ومن باع عشرة
اذرع من ماية ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو جايز وبه قال
الشافعي رحمه الله وان اشترى عشرة اسهم من ماية سهم منها جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على ان المودى
من بيع عشرة اذرع من ماية ذراع معين او شايع فعندهما شايع كانه باع عشر ماية وبيع الشايع جايز
اتفاقا كما في بيع عشرة اسهم من ماية سهم وعنده مؤداه قدر معين والجواب مختلفة الجودة فتقع
المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على ان مؤدى عشرة اذرع من ماية من هذه الدار
شايع لم يختلفوا ولو اتفقوا على انه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابية مبني على انهم
يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم او لهم كتاب فلو اتفقوا على الثاني اتفقوا على جوازه وعلى الاول اتفقوا على
عدم الجواز فالشان في ترجيح المبني فابو حنيفة يقول الذراع اسم لما يذرع به ومعلوم انه لم يرد
بالمبيع عشر من الخشبات التي يذرع بها فكان مستعارا لما يحلها وما يحله معين وكان المبيع معينا مقدرا
بعشرة اذرع بخلاف عشرة اسهم لان السهم اسم للجزء الشايع فكان المبيع عشرة اجزاء شايعة من ماية سهم
وقد يقال ان تعيين جملة ذرعان الدار قرينة على انه انما اراد بيع الشايع لان به يعرف نسبة العشرة
من الكل انها العشر والا فلا فايدة في تعيينه لان العشرة اذرع لا يتفاوت مقدارها بتعيين الكل وعدمه
وقد يقال فايدته لا تتعين في ذلك الجواز ان يرتفع به الفساد فان بيع عشرة او ذراع من ثوب لا يجوز
على قول ابي حنيفة ولا على قولهما على تخريج طايفة من المشايخ وعلى قول اخرين يجوز لان جهالته بيدهما
ازالتها فيذرع الكل فيعرف نسبة العشرة وصحح هذا بناء على ما تقدم لهما من بيع صبرة بجواز ان يكون
العاقد يرى الراي الاول ولما وضع المسئلة في الجامع في عشرة اذرع من ماية ذراع ظهر ان ما قاله
الخصاف من ان الفساد عنده فيما اذا لم يعرف جملة الذرعان واما اذا عرف جملتها فالبيع عنده صحيح
غير واقع من جهة الرواية وكذا من جهة الدراية فان الفساد عنده للجهالة كما قلنا وبمعرفة قدر جملة

المبيع لا ينتفي الجهالة عن البعض الذي بيع منه واختلف المشايخ على قولهما فيما اذا باع ذراعا
او عشرة اذرع من هذه الارض ولم يسم جملتها فقيل على قولهما لا يجوز لان صحته على قولهما باعتبار انه
جزء شايع معلوم النسبة من الكل وذلك فرع معرفة جملتها والصحيح انه يجوز لان الجهالة بايديهما ازالتها
بان يقاس كلها فيعرف نسبة الذراع او العشرة منها فيعلم قدر المبيع **قوله** ومن باع عدلا صورتها ان
يقول بعتك ما في هذا العدل على انه عشرة اثواب بماية درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل
المجموع بالمجموع فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع في صورة الزيادة لما قررناه من قريب
في الفرق بين الثوب والذراع الذي صار اصلا من وجه والثمن في صورة النقصان لان الثمن لا ينقسم
اجزاوه على حسب اجزاء المبيع القيمي والثياب منه فلم يعلم للثوب الذاهب حصة معلومة من الثمن
المسمى لينقص ذلك القدر منه فكان الناقص من الثمن قدرا مجهولا فيصير الثمن مجهولا ولو كان فصل لكل ثوب ثمنا
بان قال كل ثوب بعشرة جاز البيع في فصل النقصان بقدره اي بما سوى قدر الناقص لعدم الجهالة لكن
مع ثبوت الخيار للمشتري لتفرق الصفقة عليه ولم يجز في الزيادة لان جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع
المنازعة في تعيين العشرة المبيعة من الاحد عشر وقيل عند ابي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ايضا قال
في الذخيرة واكثر مشايخنا على ان ما ذكر في الكتاب من ان البيع جايز في الثياب الموجودة قولهما اما على قول
ابي حنيفة فالعقد فاسد في الكل لانه فسد في البعض بمفسد مقارن وهو العدم والاصل عند ابي حنيفة
ان العقد متى فسد في البعض بفساد مقارن يفسد في الباقي وقد ذكر محمد مسئلة في الجامع تدل على
هذا وهي رجل اشترى ثوبين على انهما هرويان كل ثوب بعشرة فاذا احدهما مروي بسكون الراء
نسبة الى قرية من قرى الكوفة اما النسبة الى مرو المعروفة بخراسان فعند النسبة اليها زيادة الزاي
فيقال مروزي وكانه للفرق بين القريتين قال فسد البيع في الثوبين جميعا عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز في الهروي والغايب في مسئلة الجامع الصفة لا اصل الثوب وقد فسد في الكل بفواته ففساده
في الكل والغايب احدهما اولى واليه مال الحلواني وقال انه الصحيح عنده وكذا نسبه شمس الايمة السرخسي
الى اكثر مشايخنا ثم قال والصحيح عندي ان هذا قولهم جميعا يعني عدم الفساد في الباقي لان ابا حنيفة في نظاير
هذه المسئلة انما يفسد العقد في الكل لوجود العلة المفسدة وهي انه جعل قبول العقد فيما يفسد
فيه العقد شرطا في قبوله في الاخر وهنا لم يوجد هذا فانه ما شرط قبول العقد في المعدوم ولا
قصد ايراد العقد على المعدوم بل على الموجود فقط غلط في العدد بخلاف تلك المسئلة فانه
جعل قبول العقد في كل من الثوبين شرطا لقبوله في الاخر وهو شرط فاسد واقول قوله ما شرط قبول
العقد في المعدوم ان كان صريحا ممنوع ولا يضر فان في الثوبين ايضا ما شرط قبوله في المروي صريحا
وانما المقصود انه اذا اضاف العقد الى متعدد صفقة كان قبول العقد في كل شرطا في قبوله في الاخر
كما في الثوبين ولا شك ان في العشرة ايضا كذلك فكان قبوله في العاشر شرطا لقبوله فيما سواه ولا وجود
للعاشر فكان قبوله في المعدوم شرطا الى اخره وحاصل قوله ومما نقصد والى اخره ما اشار اليه المص
وهو ان الشيين الموجودين الموصوفين بوصف اذا دخلا في عقد واحد كان قبول كل منهما بذلك الوصف
شرطا للقبول في الاخر بذلك الوصف فاذا انعدم ذلك الوصف في احدهما كان ذلك شرطا فاسدا
في القبول في الاخر بخلاف ما اذا كان معدوما بذاته ووصفه فانه ليس حينئذ داخلا في العقد

حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد في الاخر لانه معدوم فيجعل ذلك غلطا فلما لم يجعل شرطا لم يفسد
العقد في الاخر فقد ظهر ان محط الفرق اعتبار الغلط وعدمه ولا شك ان اعتبار الغلط انما يأتي
من جهة البايع على معنى انه انما اوجب الا في تسعة ولكنه عبر عنها بعشرة غلطا فالمشتري لما قبل في
عشرة ما كان غالطا فما تلاقي الايجاب والقبول كما لو عزل تسعة اثواب من عشرة وقال بعتك هذه
التسعة فقال قبلت في العشرة لا يتم العقد في التسعة ولا العشرة وان كان معنى غلطه انه قصد
الايجاب في عشرة وليس في الواقع الا تسعة لم يتفد الصحة لان المعقود عليه معدوم وقد جعل
قبول العقد فيه شرطا لقبوله في التسعة وهذا لانه جاد في اعتقاد قيام العشرة فان لم يكن في
ملكه فاحري ان يكون البيع باطلا كما ذكر فيمن باع كرا من حنطة وليس في ملكه حنطة البيع باطل ولا باع
ما ليس عنده وفي المحيط روي قاضي الحرمين ان العقد فاسد في الفصل الاول وفيه ابيعك هذه
الحنطة على انها اقل من كر فوجدها كذلك جاز الا في رواية عن ابي يوسف وان وجدها كرا او اكثر
فالبيع فاسد وكذا اذا قال على اكثر من كر فوجدها كذلك او دونه ففاسد ولو قال كرا او كرين جاز
كيف ما كان غير انه يخير في الاقل كما لو قال على انها كر وعلى هذا اذا اشترى عنبا في كرم معين على انه كذا
كذا منا وكذا في العدديات المتقاربة انتهى ووجه الفساد في الاكثر انه لا يعلم قدر الزايد فانه
ليس الاقل من الكر ولا الاكثر منه مقدارا معينا ليعرف الزايد عليه فيرد الى البايع بخلاف ما اذا قال
كرا او كرين ولا وجه للرواية عن ابي يوسف لان غاية ما في ذلك انه باع صبرة بشرط ان لا تبلغ المقدار
الفلاني والله اعلم **قوله** ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة
ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمة الله عليه في الوجه الاول اخذه بعشرة من غير خيار وفي
الوجه الثاني اخذه بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله في الاول ياخذه باحد عشر ان شاء وفي
الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذه بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني
بتسعة ونصف ويخير وجه قوله ان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه
فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها ان يجب في مقابلة كل جزء اضافي من الذراع مثله من الدرهم فنصف
الذراع بنصف الدرهم وربعه بربعه وثمنه بثمنه وهكذا وفي بعض النسخ فيجزئ عليه اي يقابل
كل جزء له نسبة خاصة بجزء كذلك من الاخر وضمير يجزئ يصح عوده الى كل من الذراع والدرهم
الا ان الدرهم اقرب مذكور وانما يخير في الزيادة لان سلامة النصف بمقابلة ضرر به فلا يلزمه
الا بالتزامه وفي النقصان لفوات وصف مرغوب فيه وهو وصف العشرة ولابي يوسف انه لما افرد
كل ذراع بدرهم نزل كل ذراع منزلة ثوب مفرد بيع على انه ذراع لما عرف ان افراده الذراع بالثمن
يخرجه عن الوصفية الى الاصلية وقد انتقص عن الذراع فلا ينقص شي من الثمن وانما يثبت الخيار له
لما ذكرنا من ان في الزيادة نفعا يشوبه ضرر وفي النقصان فوات الوصف المرغوب فيه ولابي حنيفة
ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وكان الاولى ان يقول حكم الاصل او النوع
المنفصل بالشرط لان المقدار ايضا وصف على ما تقدم واخذه حكم الاصل مقيد بكونه ذراعا فاذا لم
يوجد لم يوجد ما اخذ حكم الاصل فبقي على الاصل من كونه وصفا لا يقابله شي من الثمن واذا كان هكذا فلا
وجه لثبوت الخيار له في فصل الزيادة لانه لم يلحقه ضرر في مقابلة الزايد بل نفع خالص كما لو اشتراه

معيبا فوجده سليما وتخير في النقصان لتفرق الصفقة ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفي الذخيرة
قول ابي حنيفة اصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفي قوله مفيد بكونه ذراعا اشارة الي الجواب عن قول
محمد انه ينقسم اجزاء الدراهم علي اجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا
بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابلة به **فصل** لما ذكر
ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد ذكر ما يدخل في البيع ما لم يسم وما لم يدخل واستتبع ما يخرج الاشيا
وغير ذلك **قوله** ومن باع دارا الي اخره في المحيط الاصل ان كل ما كان في الدار من البناء او متصلا
بالبناء تبع لها فيدخل في بيعها كالسلم المتصل والسرر والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحي ويدخل
الحجر الاعلي عندنا استحسانا والمراد بحجر الرحي المبنية في الدار وهذا متعارف في ديارهم اما في ديار
مصر لا تدخل الرحي لانها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهي كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل
بالاتفاق في بيع الدار نعم لو ادعاه احدهما لنفسه بان قال هذا ملكي وضعته فان كانت الدار في
يد البايع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البايع وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري
واستدل المصنف علي دخول البنا بان اسم الدار يتناول دخول العرصة والبناء وبانه متصل بها اتصال
قرار واستشكل الاول بمسئلة الحلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها بحيث فلو كان
البناء مسمي لفظ الدار لم يحنث وهذا لو ابطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة
الاخري ثم اجيب بان البنا وصف فيها وهو لغو في المعينة فكانه حلف علي نفي الدخول في هذا المكان
وتحقيقه انه حلف لا يدخل هذه التي تسمي الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت
الدخول وتدخل البير الكاينة في الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها
الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذي في الدار صغيرا كان او كبيرا وان كان خارج الدار
لا يدخل وان كان له باب في الدار قاله ابو سليمان وقال ابو جعفر ان كان اصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل
وان كان اكبر او مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن وفي المنتقى اشتري حايطا يدخل
ما تحته من الارض وكذا ذكر في التحفة من غير ذكر خلاف وفي المحيط جعله قول محمد والحسن وقول ابي يوسف
لا يدخل واما اساسه قيل الظاهر من مذهبه انه يدخل ولانه جزء الحايط حقيقة ويدخل في بيع
الحمام القدور دون قصاعه واما قدور القصارين والصباغين واجاجين الغسالين وخوابي الزياتين
وحباب الهرودانهم وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت كل ذلك في الارض فلا يدخل وان كان الحقوق
قلت ينبغي ان يدخل كما اذا قال بمرافقها واما الطريق ونحوه فسياتي ان شاء الله تعالي في باب الحقوق
فروع باع فرسا دخل العذار تحت البيع والزمام في بيع البعير ولم يذكر في شي من الكتب ما
اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص او بحكم الثمن ولو باع حمارا قال الامام ابو بكر محمد
ابن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق علي البايع ولم يفصل بينما اذا كان موكفا او غير موكف وفي
فتاوي قاضي خان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج في الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبردعة
تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع فاذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا في ثوب العبد والجارية
ولا يدخل المقود في بيع الحمار لانه ينقاد دونه بخلاف الفرس والبعير والتامل في هذا باع عبدا او جارية
كان علي البايع من الكسوة قدر ما يواري عورته فان بعث في ثياب مثلها دخلت في البيع وللبايع ان يمسك

الثياب ويدفع غيرها من ثياب مثلها يستحق ذلك علي البايع ولا يكون للثياب قسط من الثمن حتي لو استحق الثوب
او وجد بالثوب عيبا لا يرجع علي البايع بشي ولا يرد عليه الثوب ولو هلك الثياب عند المشتري او تعيبت ثم
رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلي هذا ما ذكر في
الكافي من رجل له ارض وفيها نخل لغيره فباعها رب الارض باذن الاخر بالف وقيمة كل منهما خمسماية فالثمن
بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بافة سماوية خير المشتري بين الترك واخذ الارض
بكل الثمن لان النخل تبعا فلا يقابله شي من الثمن كما لرب الارض لانتقاض البيع في حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل
وقوله دون البيع ولو باع اتانا لها جحش او بقرة لها عجول اختلف قيل يدخلان وقيل لا يدخلان وقيل
يدخل العجول دون الجحش ولو باع عبد الله مال ان لم يذكر المال في البيع فاله لمولاه وكذا لو سمي المال وهو
دين علي الناس او بعضه فسد البيع وان كان عينا جاز البيع ان لم يكن من الاثمان فان كان منها وكان الثمن من جنسه
بان كان دراهم والثمن كذلك فان كان الثمن اكثر جاز وان كان مثله او اقل لا يجوز لانه بيع للعبد بلا ثمن وان كان منها ولم
يكن من جنسه بان كان دراهم ومال العبد دنانير او بالقلب جاز اذا تقابضا في المجلس وكذا لو قبض مال العبد ونقد
حصته فقط من الثمن وان افترقا قبل القبض بطل العقد في مال العبد اشتري دارا فوجد في بعض جذوعها مالا ان
قال البايع هو لي كان له فيرد عليه لانها وصلت الي المشتري منه وان قال ليس لي كان كاللقطة ولو قال صاحب
علو وسفل لاخر بعث منك علوي هذا بكذا فقبل جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشتري حق القرار عليه
قوله ومن باع ارضا دخل ما فيها من النخل والشجر وان لم يسمه لانه متصل بها اتصال قرار فاشبه البنا
ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل خلافا لما قال
بعض المشايخ ان غير المثمرة لا يدخل الا بالذكر لانها لا تغرس للقرار بل للقلع اذا كبر خشبها فصارت كالزرع
ولما قال بعضهم ان الصغيرة لا تدخل وفي فتاوي قاضي خان ولو باع ارضا وفيها اشجار صغار تحول في فصل
الربيع وتباع ان كانت تقلع من اصلها تدخل في البيع وان كانت تقطع من وجه الارض فهي للبايع الا بشرط نعم
الشجرة اليابسة لا تدخل لانها علي شرف القلع فهي كحطب موضوع فيها ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الارض
والدار الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الاجارة والرهن والوقف
والقسمة لانها تنعقد للانتفاع ولا انتفاع بدونها بخلاف البيع فانه يعقد لملك الرقبة فقد يراد به الانتفاع
بالتجارة فيها ولا يدخل الثمر الذي علي رؤس الاشجار الا بالشرط وما كان من الاوراد واوراق الفرصاد والتوت
لانه بمنزلة الثمر ولو كان علي الشجر ثمار فشرطه المشتري له فاكله البايع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار
للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند ابي حنيفة خلافا لهما ولو اشتري شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي
خمسة فاكله البايع قال ابو حنيفة يلزمه الشاة بخمسة ولا خيار له والفرق عنه خاف وكما يدخل في البيع اشيا
بلا تسمية وهو ما يدخل تبعا كذلك يخرج منه اشيا بلا تسمية كما اذا باع قرية يخرج منها الطريق والمساجد
والفارقين وسور القرية لان السور يبقي علي اصل الاباحة عند القسمة فلا يدخل في البيع وفي الفصل الثالث
فيما يجوز بيعه وما لا يجوز من الخلاصة باع قرية وفيها مسجد واستثناه هل يشترط ذكر الحدود اختلف المشايخ
واستثناء الحياض وفي المقبرة لا بد من ذكر الحدود الا ان يكون ربوة **قوله** ولا يدخل الزرع في بيع الارض
الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل اي الفصل الادمي اياه لا لانتفاعه بها فاشبه المتاع الذي فيه اي البيع
فاندفع ما اورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقرة الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع انه متصل للفصل

بان ذلك فضل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وايضا الاثمر وما في بطنها مجانس متصل فدخل
باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل فبعد ذلك ينظر
ان كان اتصاله للقرار كما في الشجر كان متصلا في الحال وفي ثاني الحال فيدخل بطريق التبعية لشدة الاتصال
لا الجنسية والجزئية وان كان اتصاله للفصل في ثاني الحال كالزرع يجعل منفصلا فلا يدخل فان قيل ينبغي
ان يدخل لان الاتصال قائم في الحال والانفصال معدوم فيه فيترجح الموجود على المعدوم الجواب بان
الموجب للدخول اما شمول حقيقة المسمى في البيع له او تبعيته له والتبعية بان تكون مستقر الاتصال به
لا بمجرد اتصاله الحالي مع انه بعرضية الفصل وانتفاء المجانسة ظاهر فلم يتحقق موجب الدخول والله اعلم
قوله ومن باع نخلا او شجرا فيه ثمر فثمرته للبايع الا ان يشترطه المبتاع لنفسه اي يشتري الشجرة مع الثمرة
التي فوقها ولا فرق بين المؤبرة وغير المؤبرة في كونها للبايع الا بالشرط ويدخل في الثمر الورد والياسمين
والخلاف ونحوها من المشمومات فالكل للبايع وعند الشافعي ومالك واحمد يشترط في ثمرة النخل التابير
فان لم تكن ابرت فهي للمشتري والتابير التلقيح وهو ان يشق عنا قيد الكرم ويذر فيها من طلع الفحل فانه يصلح
ثمرات النخل لما روي اصحاب الكتب الستة عن سالم بن عبد الله بن عمر عن ابيه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
من باع عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترط المبتاع ومن باع نخلا موبرا فالثمرة للبايع الا ان يشترط
المبتاع وفي لفظ البخاري من ابتاع نخلا بعد ان تؤبر فثمرتها للذي باعها الا ان يشترط المبتاع وحاصله
استدلال بمفهوم الصفة فمن قال به يلزمه واهل المذهب ينفون حجيته وقد روى محمد رحمه الله في
شفعة الاصل عنه عليه الصلاة والسلام من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا ان يشترط المبتاع
من غير فصل بين المؤبر وغير المؤبر وهو الحديث الذي ذكره المصنف وما قيل ان في مرويهم تخصيص الشيء
بالذكر فلا يدل على نفي الحكم عما عداه انما يلزمهم لو كان لقبا ليكون مفهوم لقب لكنه صفة وهو حجة عندهم
كما ذكرنا ولو صح حديث محمد رحمه الله فهم يحملون المطلق على المقيد وعلى اصول المذهب ايضا يجب لانه في
حادثة في حكم واحد والذي يلزمهم من الوجه القياس على الزرع وهو المذكور في الكتاب بقوله انه متصل
للقطع لا للبقاء فصار كالزرع وهو قياس صحيح وهم يقدمون القياس على المفهوم اذا تعارضا وحينئذ يجب
ان يحمل الابار على الاثمار لانهم لا يوجبونه عنه فكان الابار علامة الاثمار فعلق به الحكم بقوله نخلا مؤبرا
يعني مثمرا وما نقل عن ابن ابي ليلى من ان الثمرة مطلقا للمشتري بعيد لانه بضاد الاحاديث المشهورة واذا
كانت الثمرة للبايع يقال له اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع يقال له اقلعه وسلم المبيع لان
ملك المشتري مشغول بملك البايع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع وقال الشافعي
يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع وهو قول مالك واحمد رحمهم الله لان الواجب هو التسليم
المعتاد ولهذا لا يجب في الدار تسليمها في الحال اذا بيعت ليلا وكان له فيها متاع بل ينتظر طلوع النهار
ووجود الحاملين وفي العادة لا يقطع الا بعد ما قلنا وصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع
فانه يترك حتى يستحصد رضي المؤجر او لم يرض واذا كان كذلك فلا يبالي بتضرر المشتري بالامتناع بملكه
بلا عوض لانه حين اقدم على الشراء والعادة ما ذكرنا كان ملتزما للضرر المذكور وقلنا لا يستحصد الزرع
يستحصد بكسر الصاد دعا وقت حصاده اجاب المصنف بان هناك اي في الاجارة ايضا يجب التسليم
وكذا يجب الاجرة في التبقية لان تسليم العوض كتسليم المعوض ولابد في تمامه من تسليم ان العادة في الاجارة

التبقية بالاجرة وعدم تسليم عين الارض في الحال والا لو لم يرض المؤجر بالتبقية واخذ الاجرة كان له ان
يكلفه ان يقلعه في الحال وليس له ذلك فظهر ان التسليم المعتاد يجب اعتباره ثم يقول هو في البيع بتركه الى
ما ذكرنا مجانا وفي الاجارة بتركه باجر ولا مخلص من هذا الا ان يتم منع انه معتاد في البيع كذلك والا فلا
فرق بين البيع والاجارة بان اقدام البايع على البيع مع علمه بان المبتاع يطالبه بتفريغ ملكه وتسليمه فارغا دليل
الرضى بقطعه فلم يجب رعاية جانبه بتبقية الارض والشجر على حكم ملكه بخلاف المستاجر فانه لم يوجد منه
عند انقضاء مدة الاجارة فعل يدل على الرضى بقطع ثمرة وزرعه فوجب رعاية جانبه بتبقيته على حكم ملكه
بالاجرة اتجه ان يقال انما يكون اقدامه على البيع رضى بالقطع في الحال لو لم يكن التاخير الى الصلاح معتادا
اما اذا كان غير معتاد فلا وقد منعنا العادة المستمرة بذلك بل هي مشتركة يتركون وقد يبيعون بشرط القطع
والله اعلم ثم هل تدخل ارض الشجر في البيع ببيعها ان اشتراها للقطع لا تدخل بالاجماع وان اشتراها
بيعا مطلقا لا تدخل عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الارض اصل والشجر تبع فلا يستتبع الاصل تبعا وهو
قول الشافعي وعند محمد وهو رواية عن ابي حنيفة وقول الشافعي يدخل ما تحتها بقدر غلظها فيها
وفي جمع النوازل والفتاوى الصغرى هو المختار لانه اشترى الشجر وهو اسم للمستقر على الارض والا فهو
جذع وحطب فيدخل من الارض ما يتم حقيقة اسمها فهو دخول بالضرورة فيتقدر بقدرها وقيل بقدر
ساقها وقيل بقدر ظلها عند الزوال وقيل بقدر عروقها العظام ولو شرط قدرا فعلى ما شرط وقوله
ولا فرق بين ان يكون له قيمة او لا في الصحيح احتراز عن قول البعض انه ان لم يكن له قيمة يدخل والصحيح لا يدخل في
الحالتين ان كانت له قيمة او لم تكن وعلله بان بيعه يصح في اصح الروايتين مع كونه ليس للقرار وما يصح بيعه
وليس للقرار لا يدخل في البيع تبعا لغيره بخلاف البناء فانه يجوز بيعه منفردا ولكنه موضوع للقرار
قوله واما اذا بيعت الارض وقد بذرها صاحبها ولم تنبت لم يدخل لانه مودع فيها كالمتاع هكذا
اطلق المصنف وكذا اطلقه غير واحد وقيده في الذخيرة بما اذا لم يعفن اما اذا عفن فهو للمشتري لان
العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار كجزء من اجزاء الارض فيدخل في بيع الارض واختار الفقيه ابو الليث
انه لا يدخل بكل حال كما هو اطلاق المصنف وفي فتاوى الفضل كما في الذخيرة قال ولو عفن البذر في
الارض فهو للمشتري والا فللبايع ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن وقت البيع فهو للبايع والمشتري
متطوع ولو باعها بعد ما نبتت ولم تصر له قيمة فقد قيل لا يدخل فيكون للبايع وقيل يدخل ولم يرجح
المصنف منها شيئا ورجح في التجنيس كما فيه قال الفقيه لا يدخل والصواب انه يدخل نص عليه القدوري
في شرحه وفي شرح الاسبيجابي انتهى وقول الفقيه ابي الليث هو قول ابي القاسم وفي فتاوى قاضي خان
قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل هذا اذا صار الزرع متقوما اي لا يدخل فان لم يكن متقوما يدخل الزرع
من غير ذكر قال وانما نعرف قيمته بان يقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فان كانت قيمتها مبذورة اكثر
من قيمتها غير مبذورة علم انه صار متقوما انتهى فبهذا ظهر ان حكاية اتفاق المشايخ على عدم الدخول مطلقا
ليست واقعة بل قولان عدم الدخول مطلقا والتفصيل بين ان يعفن فيدخل او لا فلا وكان المناسب ان يقول
تقوم الارض بلا ذلك الزرع وبه فان زاد فالزائد قيمته واما تقويمها مبذورة وغير مبذورة فانما
يناسب من يقول اذا اعفن البذر يدخل ويكون للمشتري ويعلله بانه لا يجوز بيعه وحده لانه حينئذ
ليس له قيمة قال المصنف وكان هذا بتشديد النون يعني الاختلاف في دخول الزرع الذي لم تبت له قيمة

قيمة فان ذلك وعدمه بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل من قال لا يجوز بيعه
قال يدخل ومن قال يجوز قال لا يدخل ولا يخفى ان كلا من الاختلافين مبني على سقوط تقومه وعدمه فان
القول بعدم جواز بيعه وبدخوله في البيع كلاهما بناء على سقوط تقومه والقول بجواز بيعه وبعدم دخوله
في البيع كلاهما بناء على سقوط تقومه والاوجه جواز بيعه على رجاء تركه كما يجوز بيع الجحش كما ولد على رجاء حيوته
فينتفع به في ثاني الحال **قوله** ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق الى اخره يعني اذا باع ارضا
فيها زرع وشجر وعليه ثمر او باع شجرا فقط وعليه ثمر وقال بعتها واشتريتها بجميع حقوقها ومرافقها لا
يدخل الزرع والثمر بذلك لانهما ليسا من الحقوق والمرافق وكذا لو قال بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها
او من مرافقها لم يدخلا ايضا لما ذكرنا بعينه ولو كان اقتصر على قوله بكل قليل وكثير هو له فيها ومنها او على
قوله بكل قليل وكثير فيها ومنها دخلا هذا في المتصل بالارض والشجر اما الثمر المجذوذ والزرع المحصود فيها
فلا يدخل وان قال بكل قليل وكثير هو فيها ما لم ينص عليه والمجذوذ بدالين مهملتين ومعجمتين بمعنى المقطوع
غير ان المهملتين هنا اولى ليناسب المحصود **قوله** ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها لا خلاف في عدم جواز
بيع الثمار قبل ان تظهر ولا في عدم جوازه بعد الظهور قبل بدو الصلاح بشرط الترك ولا في جوازه قبل بدو
الصلاح بشرط القطع فيما ينتفع به ولا في الجواز بعد بدو الصلاح لكن بدو الصلاح عندنا ان يأمن العاهة
والفساد وعند الشافعي هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو في بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف
في معناه لا بشرط القطع فعند الشافعي ومالك واحمد لا يجوز وعندنا ان كان بحال لا ينتفع به في الاكل ولا
في علف الدواب خلاف بين المشايخ قيل لا يجوز ونسبه قاضيخان لعامة مشايخنا والصحيح انه يجوز لانه مال
منتفع به في ثاني الحال ان لم يكن منتفعا به في الحال وقد اشار محمد في كتاب الزكوة الى جوازه فانه قال لو باع
الثمار في اول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى ادرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن جائزا لم يوجب فيه العشر على
المشتري وصحة البيع على هذا التقدير بناء على التعويل على اذن البائع على ما ذكرنا من قريب والا فلا انتفاع
مطلقا فلا يجوز بيعه والحيلة في جوازه باتفاق المشايخ ان يبيع الكمثرى اول ما تخرج مع اوراق الشجر
فيجوز فيها تبعا للاوراق كانه ورق كله وان كان بحيث ينتفع به ولو علفا للدواب فالبيع جائز باتفاق اهل
المذهب اذا باع بشرط القطع او مطلقا ويجب قطعه على المشتري في الحال فان باعه بشرط الترك فان لم
يكن تناهى عظمه فالبيع فاسد عند الكل وان كان قد تناهى عظمه فهو فاسد عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو
القياس ويجوز عند محمد استحسانا وهو قول الائمة الثلثة واختاره الطحاوي لعموم البلوى **وفي** المنتقى
ذكر ابا يوسف مع محمد وجه قولهما في الصورتين انه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة
في صفقة لانه ان شرط بلا اجرة فشرط اعارة في البيع او باجرة فشرط اجارة فيه ومثل هذا بيع الزرع بشرط
الترك وجه قول محمد في المتناهي الاستحسان بالتعامل لانهم تعارفوا التعامل كذلك فيما تناهى العظم
فهو شرط يقتضيه العقد وهذا دعوى الشافعي فيما تناهى عظمه وما لم يتناه انه يجوز لان العادة
تركهم اياه الى الجذاذ ومحمد يقول يمنعه فيه لما فيه من اشتراط الجزء المعدوم وهو الاجزاء التي تزيد
بمعنى من الارض والشجر الى ان يتناهى العظم ولا يخفى ان الوجه لا يتم الفرق لهما الا بادعاء عدم العرف فيما
لم يتناه عظمه اذ القياس عدم الصحة للشرط الذي لا يقتضيه العقد في المتناهي وغيره خرج منه المتناهي
للتعامل فيكون ما لم يتناه على اصل القياس انما يكون لعدم التعامل فيه والجزء المعدوم مطرد ولو باع ثمرا لم

يتناهى عظمه مطلقا عن الشرط ثم تركه فاما باذن البائع اذنا مجردا او باذن في ضمن الاجارة بان استاجر
الاشجار الى وقت الادراك او بلا اذن ففي الصورتين الاوليين يطيب له الفضل والاكل اما في الاذن
المجرد فظاهر واما في الاجارة فلانها اجارة باطلة لعدم التعارف في اجارة الاشجار والحاجة فان
الحاجة ليست متعينة في ذلك وانما تتعين لو لم يكن تخلص الا بالاستيجار وهنا يمكن ان يشتري الثمار مع
اصولها فيتركها عليها ولا يخفى ما في هذا من العسر فانه يستدعي شراء ما لا حاجة له اليه او ما لا
يقدر على ثمنه وقد لا يوافقه البائع على بيع الاشجار فالاولى ان اصل الاجارة مقتضى القياس فيها
البطلان الا ان الشرع اجازها للحاجة فيما فيه تعامل ولا تعامل في اجارة الاشجار المجردة فلا يجوز
ولذا لو استاجر اشجارا ليجفف عليها ثيابه لا يجوز ذكره الكرخي واذا بطلت بقي الاذن معتبرا فيطيب بخلاف
ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك حيث لا يطيب له الفضل لان الاجارة هنا فاسدة
لان الارض يجوز اجارتها وانما فسدت لجهالة الاجل فاورث خبثا اما هنا الاجارة باطلة والباطل لا
وجود له فلم يوجد الا الاذن فطاب اما الفاسد فله وجود فكان الاذن ثابتا في ضمنه باعتبار قيمة
وهنا صار الاذن مستقلا بنفسه وهذا بناء على عدم عذره بالجهل في دار الاسلام ان كان جاهلا ببطلان
الاجارة وفي الثالثة لا يطيب له ويتصدق بما زاد لانه حصل بجهة محظورة اما اذا باع ما تناهى عظمه
فتركه المشتري بغير اذن البائع فانه لا يتصدق بشيء لانه لم يزدد في ذاته شيء وهذا قول المصنف لان
هذا تغير حاله لا تحقق زيادة اي تغير من وصف الى اخر بواسطة انضاج الشمس عليه نعم عليه اثم
غصب المنفعة بتعلق به لا بالعين المبيعة باثبات خبث فيها وجه قول الشافعي وباقي الائمة في الخلافية
ما في الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وعن بيع النخل
حتى تزهو قيل وما تزهو قال تحمار او تصفار **واخرج** البخاري في الزكاة عن ابن عمر نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحها وكان اذا سئل عن صلاحها قال حتى تذهب عاهتها
واخرج ابو داود والترمذي وابن ماجة عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى
يسود وعن بيع الحب حتى يشتد قال الترمذي حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث حماد
ابن سلمة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولنا ما تقدم من قوله عليه الصلوة والسلام من اشترى
نخلا قد ابرت فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع فجعله للمشتري بالشرط فدل على جواز بيعه مطلقا
لانه لم يقيد دخوله في البيع عند اشتراط المبتاع بكونه بعد صلاحه **وفي** موطأ مالك عن عمرة بنت عبد الرحمن
قالت ابتاع رجل ثمرة حائط في زمن النبي صلى الله عليه وسلم فعالجه وقام حتى تبين له النقصان فسأل
رب الحائط ان يضع له او يقيله فحلف لا يفعل فذهبت ام المشتري الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت
له ذلك فقال تألى ان لا يفعل خيرا فسمع بذلك رب الحائط فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال هو له ولولا
صحة البيع لم تترتب الاقالة عليه اما النهي المذكور فهم قد تركوا ظاهره فانهم اجازوا البيع قبل ان يبدو
صلاحها بشرط القطع وهذه معارضة صريحة لمنطوقه فقد اتفقنا على انه متروك الظاهر وهو لا يعمل لم
يكن لموجب وهو عندهم تعليله عليه السلام بقوله عليه الصلوة والسلام ارأيت ان منع الله الثمرة
بما يستحل احدكم مال اخيه فانه يستلزم ان معناه انه نهى عن بيعها مدركة قبل الادراك ومرهية قبل
الزهو وقد فسر انس رضي الله عنه زهوها بان تحمر او تصفر وفسرها ابن عمر بان تأمن العاهة فكان النهي عن

بيعها محمرة قبل الاحمرار ومصفرة قبل الاصفرار او آمنة من العاهة قبل ان يومن عليها وذلك لان العادة
ان الناس يبيعون الثمرة قبل ان تقطع فنهي عن هذا البيع قبل ان توجد الصفة المذكورة وما ذكرنا من نهيه
عليه الصلوة والسلام عن بيع العنب حتى يسود وهو لا يكون عنبا قبل السواد يفيده فانه قبل يحصرم وكان
معناه على القطع النهي عن بيع العنب عنبا قبل ان يصير عنبا وذلك لا يكون الا بشرط الترك الى ان يصير عنبا
فصار محل النهي بيع الثمرة قبل بدو الصلاح بشرط الترك الى ان يبدو الصلاح ويدل عليه تعليل النبي عليه
الصلوة والسلام بقوله ارايت لو منع الله الثمرة بم ياخذ احدكم مال اخيه فالمعنى اذا بعتموه عنبا قبل ان يصير
عنبا بشرط الترك الى ان يصير عنبا فمنع الله الثمرة فلم يصر عنبا ثم يستحل احدكم يعني البائع مال اخيه المشتري
والبيع بشرط القطع لا يتوهم فيه ذلك فلم يكن متناولا للنهي واذا صار محل النهي بيعها بشرط تركها الى ان
يصلح فقد قضينا عهدة هذا النهي فانا قد افسدنا هذا البيع وبقي بيعها مطلقا غير متناول للنهي بوجه
من الوجوه ولهذا ترك المصنف الاستدلال لهم في هذه الخلافية بالحديث وحينئذ فالحديث المذكور لنا
فيها اعني حديث التابير سالم عن المعارض وكذلك المعنى وهو انه مبيع منتفع به في الحال او في ثاني الحال
الى اخره وبهذا التقرير ظهر ان ليس حديث التابير عاما عارضه خاص وهو حديث بدو الصلاح وان الترجيح هنا
ينبغي ان يكون للخاص لانه مانع وحديثنا مبيح لا يتناول احدهما ما يتناول الاخر والحاصل ان بيع ما لم
يبد صلاحه اما بشرط القطع وهو جائز اتفاقا لانه غير متناول للنهي لما ذكرنا واما مطلقا فاذا كان
حكمه لزوم القطع كان مثله بشرط القطع فلم يبق محل النهي الا بيعها بشرط الترك ونحن قايلون بانه فاسد
ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا اخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز فاشبه هلاكه
قبل التسليم ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره مع يمينه لانه
في يده وكذا في بيع الباذنجان والبطيخ اذا احدث بعد القبض خروج بعضها اشتركا كما ذكرنا وكان الحلواني
يفتي بجوازه في الكل وزعم انه مروي عن اصحابنا وكذا حكي عن الامام الفضلي وكان يقول الموجود وقت
العقد اصل وما يحدث تبع نقله شمس الائمة عنه ولم يقيده عنه بكون الموجود وقت العقد يكون اكثر بل
قال عنه اجعل الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد ذلك تبعا وقال استحسن فيه لتعامل الناس فانهم
تعاملوا بيع ثمار الكرم بهذه الصفة ولهم في ذلك عادة ظاهرة وفي نزع الناس عن عادتهم حرج وقد رايت
رواية في نحو هذا عن محمد رحمه الله وهو في بيع الورد على الاشجار فان الورد متلاحق ثم جوز البيع في الكل
بهذا الطريق وهو قول مالك رحمه الله والمخلص من هذه اللوازم الصعبة ان يشتري اصول الباذنجان
والبطيخ والرطبة ليكون ما يحدث على ملكه وفي الزرع والحشيش يشتري الموجود ببعض الثمن ويستاجر الارض
مدة معلومة يعلم غاية الادراك وانقضاء الغرض فيها بباقي الثمن وفي ثمار الاشجار يشتري الموجود ويحل
له البائع ما يوجد فان خاف ان يرجع يفعل كما قال الفقيه ابو الليث في الاذن في ترك الثمر على الشجر وهو ان
ياذن المشتري على انه كلما رجع عن الاذن كان ماذونا في الترك باذن جديد فيجعله له على مثل هذا الشرط
قوله ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة خلافا لمالك اجازه قياسا على استثناء شجرة
معينة قلنا قياس مع الفارق لان الباقي بعد اخراج المستثنى غير مشار اليه ولا معلوم الكيل المخصوص فكان
مجهولا بخلاف الباقي بعد اخراج الشجرة فانه معلوم مفرز بالاشارة قالوا هذه رواية الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله وهو قول الطحاوي والشافعي واحمد رحمهم الله وعلى ما ذكرنا من التعليل لا يرد ما قيل ينبغي ان يجوز البيع

على كل حال لانه ان بقي شيء بعد اخراج المستثنى فظاهر وان لم يبق شيء يكون الاستثناء باطلا لانه مستغرق
فيبقى الكل مبيعا لان ورود هذا على التعليل بجواز ان لا يبقى بعد الاستثناء شيء وتعليل المصنف بجهالة المبيع
وهو يوجب الفساد وان ظهر ارتفاعها بالاخرة واتفق ان بقي مقدار معين لان الجهالة القايمة قبل ذلك في
الحال هي المفسدة قال المصنف رحمه الله فاما على ظاهر الرواية ينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد
عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل من
الجارية الحامل او الشاة واطراف الحيوان لا يجوز كما اذا باع هذه الشاة الا اليتها او هذا العبد الا يده فيصير
مشتركا متميزا بخلاف ما لو كان مشتركا على الشيوع فانه جائز وانما قال ينبغي لان جواب هذه المسئلة ليس مصرحا
به في ظاهر الرواية وهو ان كل ما جاز افراده بايراد العقد عليه جاز استثناؤه ويصير الباقي مبيعا الا ان
عدم الجواز اقيس بمذهب ابي حنيفة في مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه افسد البيع بجهالة قدر
المبيع وقت العقد وهو لازم في استثناء ارطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل
ان كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم ان ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد مع عدم المفضية الى
المنازعة في الصحة من كون البيع على حدود الشرع الا يرى ان المتبايعين قد يتراضيا على شرط لا يقتضيه العقد
وعلى البيع باجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا واما ما قيل في توجيه المنع لعل المبيع لا
يبلغ الا تلك الارطال فبعيد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال تستغرق الكل والا فلا يرضى المشتري
حينئذ بذلك الاستثناء قوله ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلا في قشره وكذا الارز والسمسم وقال
الشافعي لا يجوز بيع الباقلا الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده وله في بيع الحنطة
في السنبل قولان واجاز بيع الشعير والذرة في سنبلها وعندنا يجوز ذلك كله له ان المقصود وهو المبيع
مستور بما لا منفعة فيه فلا يجوز بيعه كتراب الصاغة اذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة فيه
والمعول في الاستدلال نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وفي هذا غرر فانه لا يدري قدر الحنطة
الكاينة في السنابل والبيع ما اريد به الا الحب لا السنابل فيرجع الى جهالة قدر المبيع والزم على هذا ان لا يجوز
بيع اللوز ونحوه في قشره الثاني لكنه تركه للتعامل المتوارث ولنا ما روي انه عليه الصلوة والسلام نهى
عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض رواه مسلم واصحاب السنن الاربعة ويقال زهى النخل
والثمر يزهو وازهى يزهي لغة ففي الاشتقاق من الزهو لغتان وانكر الاصمعي الرباعية يزهي كما نقل الزمخشري
عن العين انكار يزهو وهو الثلاثية لا يقال انتم لم تعملوا بصدر الحديث لانا نقول قد بينا انا عاملون وان
الاتفاق على انحطاط النهي عن بيعهما بشرط الترك الى الزهو وقد سمعناه ولانه مال متقوم معلوم فيجوز
بيعه كالشعير في سنبله بخلاف بيعه بمثله من سنبل الحنطة لاحتمال الربوا اما انه مال متقوم فظاهر
واما انه معلوم فلانه مشار اليه وبالاشارة كفاية في التعريف اذ المانع من رؤية عينها لا يخل بدرك مقداره
في الجملة وليس معرفته على التحرير شرطا والا امتنع بيع الصبرة المشاهدة واورد المطالبة بالفرق بين ما
اذا باع حب قطن في قطن بعينه او نوى تمر في تمر بعينه اي باع ما في هذا القطن من الحب وما في هذا التمر
من النوى فانه لا يجوز مع انه ايضا في غلافه اشار ابو يوسف الى الفرق بان النوى هناك معتبر عدما هالكا
في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمره ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في
سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه الوهم بخلاف تراب الصاغة فانه

انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربو حتى لو باع بخلاف جنسه جاز وما ذكرنا يخرج الجواب من امتناع بيع
اللبن في الضرع واللحم والشحم في الشاة والالية والاكارع والجلد فيها والدقيق في الحنطة والزيت في
الزيتون والعصير في العنب ونحوه للحيث لا يجوز لان كل ذلك منعدم في العرف لا يقال هذا عصير وزيت
في نخله فكذا الباقي واعلم ان الوجه تقتضي ثبوت الخيار للمشتري بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره
قوله ومن باع دارا دخل في البيع مفاتيح اغلاقها المراد بالغلق ما نسميه ضبه وهذا اذا كانت مركبة
لانها تركب للبقاء لا اذا كانت موضوعة في الدار ولهذا لا يدخل الاقفال في بيع الحوانيت لانها لا تركب
وانما تدخل الالواح وان كانت منفصلة لانها في العرف كالابواب المركبة والمراد بهذه الالواح ما تسمى في
عرفنا بمصر دراريب الدكان وقد ذكرنا عدم الدخول ولا معول عليه وقوله لانه لا ينتفع به الا به
يفيد ان يدخل تبعا للغلق يعني لا ينتفع بالغلق الا بالمفتاح فاذا دخل الغلق دخل المفتاح كما لو اشترى غلقا
فانه يدخل مفتاحه واورد عليه انه يلزم ان يدخل الطريق في بيع الدار وهو لا يدخل مع انه لا ينتفع بها الا
به اجيب بمنع ان شرا الدار مقصور على الانتفاع ببنائها بل قد يكون لغرض مجرد الملك ليأخذ بالشفعة
بواسطتها او بتجرها ولما كان العقد عليها مقصورا على ذلك كما في الاجارة ادخلنا الطريق فرع
يناسب ما نحن فيه من حيث انه يتناوله البيع بلا تنصيص من المالك عليه وان كان في معنى لم اشترى ما
يتسارع اليه الفساد ولم يقبضه المشتري ولم ينقد الثمن حتى غاب كان للبايع ان يبيعه من آخر ويحل للمشتري
الثاني ان يشتريه وان كان يعلم بالحال لان المشتري الاول رضي بهذا فسخ دلالة فيحل للبايع بيعه ويحل
للمشتري ان يشتريه وانما كتبتها لانها كثيرا ما تقع في الاسواق قوله واجرة الكيال ووزان المبيع
وذارعه وعاده ان كان البيع بشرط الكيل والوزن او الذرع او العد على البايع لان عليه ايفا المبيع ولا يتحقق
ذلك الا بكيله ووزنه ونحوه ولان كل من ذلك يميز ملكه عن ملك غيره ومعلوم ان الحاجة الى هذا
اذا باع مكايلة او موازنه ونحوه اذ لا يحتاج الى ذلك في المجازفة واجرة وزان الثمن على المشتري باتفاق
الايمة الاربعة لانه يحتاج الى تسليم الثمن وتمييزه عنه فكانت موونته عليه واما اجرة ناقد الثمن فاختلف
الرواية والمشايخ فروى ابن رستم عن محمد انه على البايع وهو المذكور في المختصر ووجهه ان النقد يحتاج
اليه بعد التسليم وحينئذ يكون في يد البايع وهو المحتاج اليه لاحتياجه الى تمييز حقه وهو الجياد عن غير
حقه وروى ابن سماعة عنه انه على المشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد لانه يحتاج الى تسليم الجيد وتعرف
بالنقد كما يعرف المقدار بالوزن فكان هو المحتاج اليه وعن محمد اجرة النقد على من عليه الدين كما في الثمن
انه على المشتري الا اذا قبض الدين ثم ادعى عدم النقد فالاجرة على رب الدين وفي الخلاصة الصحيح انه
على المشتري الا اذا قبض البايع الثمن ثم جاء يرده بعيب الزيافة قال واختار في الواقعات انه على المشتري
وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البايع وصبها في وعا المشتري على البايع ايضا هو المختار
وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشتري ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البايع تخليصها بالدرس
والتذرية ودفعها الى المشتري وهو المختار وقطع العنب المشترى جزافا على المشتري وكذا كل شي باعه
جزافا كالثوم والبصل والجزر اذا دخل بينها وبين المشتري وكذا قطع الثمر يعني اذا خلى البايع بينها
وبين المشتري الكل من الخلاصة قوله ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري
تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البايع بالقبض لانه قبل القبض لم يتعين ولو عين دراهم اشترى

بها لما عرف انها لا تتعين بالتعيين في البيع فلا بد من تقديم قبضها ليتساويا ولو كان المبيع غايبا لا يلزم
المشتري دفع الثمن وللبايع حبس جميع المبيع ولو بقي من ثمنه درهم واحد ولا يسقط حق حبس البايع المبيع
ولو اخذ بالثمن كفيلا او رهن المشتري به رهنا اما لو احال البايع به عليه وقبل سقط حق الحبس وكذا
اذا احال المشتري البايع به عند ابي يوسف وعن محمد فيه روايتان في رواية كقول ابي يوسف وفي رواية
اذا احال البايع رجلا به سقط واذا احال المشتري البايع به لا يسقط وما لم يسلم المبيع هو في ضمان
البايع في جميع زمان حبسه فلو هلك في يد البايع بفعله او بفعل المبيع بنفسه بان كان حيوانا فقتل نفسه
او بامر سماوي بطل البيع فان كان قبض الثمن اعاده الى المشتري وان كان بفعل المشتري فعليه ثمنه ان كان
البيع مطلقا او بشرط الخيار للمشتري وان كان الخيار للبايع او كان البيع فاسدا لزمه ضمان مثله ان كان
مثليا وقيمته ان كان قيميا وان هلك بفعل اجنبي فالمشتري بالخيار ان شاء فسخ البيع وعاد المبيع الى
ملك البايع ويضمن له الجاني في المثلي المثل والا فالقيمة فان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل
لا يطيب له وان كان من خلافه طاب وان شاء اجاز البيع واتبع الجاني في الضمان فان له ذلك وعليه الثمن
للبايع فان كان في الضمان فضل فعلى ذلك التفصيل قوله ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما
سلما معا لاستوايهما في تعين حق كل منهما قبل التسليم فايجاب تقديم دفع احدهما بعينه على الآخر
تحكم فيدفعان معا ولا بد من معرفة التسليم والتسلم الموجب للبراءة في التجريد تسليم المبيع ان يخلي بينه
وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حايل وكذا تسليم الثمن وفي الاجناس يعتبر في صحة التسليم
ثلثة معان ان يقول خليت بينك وبين المبيع وان يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل
من غير مانع وان يكون مفرزا غير مشغول بحق غيره وعن الوبري المتاع لغير البايع لا يمنع فلو اذن له بقبض
المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول القبض ان يقول خليت
بينك وبين المبيع فاقبضه ويقول المشتري وهو عند البايع قبضته فان اخذه براسه وصاحبه عنده
فقاده فهو قبض دابة كان او بعيرا وان كان غلاما او جارية فقال له المشتري تعال معي او امش فخطى
معه فهو قبض وكذا لو ارسله في حاجته وفي الثوب ان اخذه بيده او خلى بينه وبينه وهو موضوع على
الارض فقال خليت بينك وبينه فاقبضه فقال قبضته فهو قبض وكذا القبض في البيع الفاسد
بالتخلية ولو اشترى حنطة في بيت ودفع البايع المفتاح اليه وقال خليت بينك وبينها فهو قبض
وان دفعه ولم يقل شيا لا يكون قبضا ولو باع دارا غايبة فقال سلمتها اليك فقال قبضتها لم يكن قبضا
وان كانت قريبة كان قبضا وهي ان تكون بحال يقدر على اغلاقها فهي بعيدة واطلق في المحيط ان التخلية
قبض وان كان المبيع بعيدا عنهما وقال الحلواني ذكر في النوادر اذا باع ضيعة وخلى بينها وبين
المشتري ان كان بقرب منها يصير قابضا او ببعد لا يصير قابضا والناس عنه غافلون فانهم يشترون
الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض وهو لا يصح به القبض وفي جامع شمس الايمة يصح القبض ان
كان العقار غايبا عنهما عند ابي حنيفة خلافا لهما وفي جمع النوازل دفع المفتاح في بيع الدار تسليم
اذا تهيأ له فتحه من غير تكلف وكذا لو اشترى بقرا في السرح فقال البايع اذهب واقبض ان كان يرى
بحيث يمكنه الاشارة اليه يكون قبضا ولو باع خلا وخمرا في دن وخلى بينه وبين المشتري في دار نفسه
وختم المشتري على الدن فهو قبض ولو اشترى ثوبا فامره البايع بقبضه فلم يقبضه حتى اخذه انسان

ان كان يجيء امره بقبضه امكنه من غير قيام صح التسليم وان كان لا يمكنه الا بقيام لا يصح ولو اشترى طيرا في بيت
والباب مغلق فامره البائع بالقبض فلم يقبض حتى هبت ريح ففتحت الباب فطار لا يصح التسليم وان فتحه المشتري فطار
صح التسليم لانه يمكنه التسليم بان يحتاط في الفتح ولو اشترى فرسا في حظيرة فقال البائع سلمتها اليك ففتح المشتري
الباب فذهب الفرس ان امكنه اخذها من غير عون كان قبضا وهو تاويل مسئلة الطير وفي مكان اخر من غير عون
ولا حبل ولو اشترى دابة والبائع راكبها فقال المشتري احملني معك فحمله فعطبت هلكت على المشتري قال
القاضي الامام هذا اذا لم يكن على الدابة سرج فان كان عليها سرج وركب المشتري في السرج يكون قابضا والا فلا
ولو كانا راكبين فباع المالك منهما الاخر لا يصير قابضا كما اذا باع الدار والبائع والمشتري فيها

باب خيار الشرط

قد عرفت ان البيع علة لحكمه من لزوم تعاكس الملكين في البدلين والاصل ان لا يتخلف حكم العلة عنها فقدم
ما هو الاصل ثم شرع يذكر ما يتعلق بالعلة التي يتخلف عنها مقتضاها وهو البيع بشرط الخيار وظاهر ان شرط
الخيار مانع ثابت على خلاف القياس لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط ويقال للبيع المشروط فيه الخيار
علة اسما ومعنى لا حكما وللمستلزم علة اسما ومعنى وحكما وقد عرف ذلك من اصطلاحهم في الاصول
والموانع خمسة اقسام مانع يمنع انعقاد العلة وهو حرية المبيع فلا ينعقد البيع في الحر لانها لا تنعقد
الا في محلها ومحل البيع المال والحر ليس بمال فلا وجود للبيع اصلا فيه كانقطاع الوتر يمنع اصل الرمي
بعد القصد اليه ومانع يمنع تمام العلة وهو البيع المضاف الى مال الغير كاصابة السهم بعد الرمي حايطا
فرده عن سننه ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة وهو خيار الشرط يمنع ثبوت حكمه وهو خروج
المبيع عن ملكه على مثال استتار المرمي اليه بترس يمنع من اصابة الغرض منه ومانع يمنع تمام الحكم بعد
ثبوته كخيار الرؤية للمشتري ومانع يمنع لزومه كخيار العيب واضافة الخيار الى الشرط على حقيقة
الاضافة وهي اضافة الحيار الى سببه اذ سببه الشرط وحين ورد شرعيته جعلناه داخلا في الحكم
مانعا من ثبوته تقليلا لعمله بقدر الامكان وذلك لان عمله اثبات الخطر في ثبوت الملك وبذلك
يشبه القمار فقللنا شبهه ولقايل ان يقول القمار ما حرم لمعنى الخطر بل باعتبار تعليق الملك بما لم يضعه
الشرع سببا للملك فان الشارع لم يضع ظهور العدد الفلاني في ورقة مثلا سببا للملك والخطر طرد
في ذلك لا اثر له نعم يتجه ان يقال اعتبرناه في الحكم تقليلا لخلاف الاصل واما كونه فيه غرر وقد نهي عن
بيع الغرر فذاك الغرر في المبيع وهذا في ان الملك هل يثبت او لا **قوله** خيار الشرط جائز في البيع للبائع
والمشتري ولهما ثلثة ايام ويروى بنصب ثلثة ايام على الظرف اي في ثلثة وبرفعها على انه خبر مبتدا
محذوف اي هو ثلثة ولا يخفى ما فيه والصواب ان يقدر مدته ثلثة ايام ثم في فتاوي قاضيخان اذا
شرط الخيار لهما لا يثبت حكم العقد اصلا ويثبت الخيار في البيع الفاسد كالصحيح **قوله** والاصل فيه
ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات الحديث **روى** الحاكم
في المستدرك من حديث محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر قال كان حبان بن منقذ رجلا ضعيفا وكان قد
اصابته في راسه مامومة فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار الى ثلثة ايام فيما اشتراه
وكان قد ثقل لسانه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم بع وقل لا خلابة وكان يشتري الشيء فيجيء به الى
اهله فيقولون له هذا غال فيقول ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد خيرني في بيعي وسكت عليه وحبان

بفتح الحا ومنقذ بالمعجمة ورواه الشافعي من طريق محمد بن اسحق انا سفيان عن محمد بن اسحق به ثم قال الشافعي
رحمه الله والاصل في بيع الخيار انه فاسد ولكن لما شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم في المصراة خيار ثلث
في البيع وروي انه جعل لحبان بن منقذ خيار ثلث فيما ابتاع انتهينا الى ما قال صلى الله عليه وسلم واخرجه
البيهقي في سننه عن ابن عمر سمعت رجلا من الانصار يشكو الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه لا يزال
يغبن في البيوع فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ثم انت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلث ليال قال ابن
اسحاق فحدث به محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وقد اصيب في راسه وكان لا يغبن في البيع
فذكر نحوه ورواه ابن ماجة عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو وكان قد اصابه امة
في راسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر
ذلك له الحديث وهو يقتضي ان القول له منقذ بن عمرو لا حبان ابنه ولا شك ان هذا منقطع وغلط من عزاه
لابي داود وكذا رواه البخاري في تاريخه الاوسط عن محمد بن يحيى بن حبان قال كان جدي منقذ بن عمرو
فذكره وقال عاش مائة وثلثين سنة وللحديث واردا على ابن اسحق فالاكثر على توثيقه ورجع مالك عن
ما قال فيه ذكر ذلك السهيلي في الروض الانف وكذا رواه ابن ابي شيبة عن محمد بن يحيى بن حبان قال
قال عليه الصلاة والسلام لمنقذ بن عمرو قل لا خلابة واذا بعت بيعا فانت بالخيار ولا شك ان كون الواقعة
لحبان ارجح لان هذا منقطع وذلك موصول هذا وشرط الخيار مجمع عليه واما ما روي في الموطا والصحيح
عن ابن عمر ان رجلا ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم انه كان يخدع في البيوع فقال اذا بايعت فقل لا خلابة
والخلابة الخديعة فليس فيه دليل على المقصود والعجب ممن قال الاصل في جواز شرط الخيار ثم ذكر هذا الحديث
وهو لا يفيد المطلوب **فرع** يجوز الحاق خيار الشرط لو قال احدهما بعد البيع ولو بايام جعلتك بالخيار
ثلثة ايام صح بالاجماع حتى لو شرط الخيار بعد البيع الباتّ شهرا ورضيا به فسد العقد عند ابي حنيفة خلافا
لهما ولو الحقا به شرطا فاسدا بطل الشرط ولا يفسد العقد في قولهما ويفسد في قول ابي حنيفة ولو باع على
انه بالخيار على ان له ان يستغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ولو قال في بيع بستان على انه بالخيار على ان له
ان ياكل من ثمره لا يجوز لان الثمر له حصة من الثمن وليس للبائع ان يطالب بالثمن قبل ان يسقط المشتري خياره
ولو قال له انت بالخيار كان له خيار ذلك المجلس فقط ولو قال الى الظهر فعند ابي حنيفة يستمر الى ان يخرج
وقت الظهر وعندهما لا تدخل الغاية **قوله** ولا يجوز اكثر منها اي من ثلثة ايام عند ابي حنيفة وهو قول
زفر والشافعي وكما لا يجوز عند ابي حنيفة اذا زاد على ثلثة ايام كذلك لا يجوز اذا اطلق وقالا يجوز اذا سمى
مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه انه اجاز البيع الى شهرين وهذا دليل جزء الدعوى لانها جوازه
اكثر من ثلثة ايام طالت المدة او قصرت وحديث ابن عمر يفيد جواز اكثر من الثلاثة بمدة خاصة لا غير
ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التروي ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن
شرع للحاجة الى التاخير مخالفا لمقتضى العقد ثم جاز اي مقدار تراضيا عليه وبقولهما قال احمد لقوله
صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وقال مالك اذا كان المبيع مما لا يبقى اكثر من يوم كالفاكهة
لا يجوز ان يشترط الخيار فيه اكثر من يوم وان كان ضيعة لا يمكن الوقوف عليها في ثلثة ايام يجوز ان يشترط
اكثر من الثلثة لانه شرع للحاجة ويمكن ان يقال لم يتعين اشتراط الاكثر طريقا لانه ان كان لا يمكن ان يذهب
فيراها قبل الشراء ثم يشتري لا حاجة الى شرط الخيار اصلا لان خيار الرؤية ثابت له ولو تاخرت رؤيته سنة

وان كان للتروي في امرها هل تساوي الثمن المذكور اولا او هي منتفع بها على الكمال اولا وان لم يرها ثمة
لا يتوقف على اكثر من الثلاثة لانه يعرف بالسؤال والمراجعة للناس العارفين وذلك يحصل في مدة الثلاث
واما ما يتسارع اليه الفساد فحكمه مسطور في فتاوى القاضي اشترى شيئا يتسارع اليه الفساد وشرط
انه بالخيار ثلثة ايام في القياس لا يجبر المشتري على شيء وفي الاستحسان يقال للمشتري اما ان تفسخ البيع
واما ان تاخذ المبيع ولا شيء عليك من الثمن حتى يجيز البيع او يفسد المبيع عندك دفعا للضرر من الجانبين
وهو نظير ما لو ادعى في يد رجل شراء شيء يتسارع اليه الفساد كالسمكة الطرية وجحد المدعى عليه
واقام المدعي البينة ويخاف فسادها في مدة التزكية فان القاضي يامر مدعي الشراء ان ينقد الثمن
وياخذ السمكة ثم القاضي يبيعها من اخر وياخذ ثمنها ويضع الثمن الاول والثاني على يد عدل فان
عدلت يقضي لمدعي الشراء بالثمن الثاني ويدفع الثمن الاول للبايع ولو ضاع الثمنان عند العدل يضيع
الثمن الثاني من مال مدعي الشراء لان بيع القاضي كبيعه ولو لم تعدل البينة فانه يضمن قيمة السمكة
للمدعى عليه لان البيع لم يثبت وبقي اخذا مال الغير بجهة البيع فيكون مضمونا عليه بالقيمة وجه قول ابي حنيفة
ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم ثبت نصا على خلاف القياس في المدة المذكورة للتروي
فيما يدفع الغبن عنه ولا شك ان النظر لاستكشاف كونه في هذا المبيع مغبونا او غير مغبون مما يتم
في ثلاثة ايام بل في اقل منها فان معرفة كونه مغبونا في هذه الصفقة اولا ليس من العلوم البالغة في
الخفاء والاشكال المحتاج في حصوله الى مدة تزيد عليها فكان الزايد على الثلاث ليس في محل الحاجة اليه
لحصول المعنى المذكور فلا يجوز الحاقه بالثلاث دلالة كما لا يجوز بالقياس ولو فرض من الغباوة بحيث
لا يستفيد كونه مغبونا لم يعذر ولا يبنى الفقه باعتباره لان مثله زايل العقل وبهذا يظهر ان قول
ابن الجوزي في التحقيق في حديث حبان انه خرج مخرج الغالب غير صحيح ولانه عليه الصلوة والسلام ضرب
الثلث لمن كان غاية في ضعف المعرفة على ما ذكر في امر حبان انه كان رجلا ضعيفا وكان بدماغه مامومة
افسدت حاله او انه منقذ وكان قد اصابته آمة في راسه فكسرت لسانه ونازعت عقله وبلغ من السن
مائة وثلاثين كما في تاريخ البخاري الاوسط فاي حالة تزيد على هذه من الضعف لا عدم العقل بالكلية
ومع ذلك لم يجعل له صلى الله عليه وسلم سوى ثلاثة ايام فلا شك في منع الزايد مع انه وجد في السمع ما
ينفيه صريحا وهو وان لم يبلغ درجة الحجة فلا شك انه يستانس به بعد تمام الحجة وهو ما روى عبد الرزاق
من حديث ابان بن ابي عياش عن انس ان رجلا اشترى من رجل بعيرا وشرط عليه الخيار اربعة ايام فابطل
رسول الله صلى الله عليه وسلم البيع وقال الخيار ثلاثة ايام الا انه اعل بابان مع الاعتراف بانه كان
رجلا صالحا وكذا اخرج الدارقطني عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الخيار ثلاثة ايام
وفيه احمد بن ميسرة متروك واما ما اسند لوايه من حديث ابن عمر المذكور في الكتاب فلا يعرف في شيء
من كتب الحديث والاثار واما القياس على الاجل فنقول بموجبه ولا يضرنا فان الشارع لما شرع الاجل
على خلاف القياس شرعه مطلقا فعملنا باطلاقه وهنا لما شرع الخيار شرعه مقيدا بثلاثة ايام او ثلث ليال
فعملنا بتقييده حتى لو انه شرع الاجل ايضا مقيدا بمدة كنا نقول لا يزاد عليها ايضا ولوجوب الاقتصار
على مورد النص نقل عن سفيان الثوري وابن شبرمة ان شرط الخيار للبايع لا يجوز لان نقل الخيار ما ورد الا
للمشتري قلنا ممنوع بل للاعم فانه صلى الله عليه وسلم قال له اذا بايعت وهو يصدق بكونه بايعا وشاريا

قوله الا انه

قوله الا انه استثناء من قوله ولا يجوز اكثر منها اي لا يجوز في وقت من الاوقات الا في وقت اجازته
داخل الثلثة عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لزفر وبه قال الشافعي وهو اي زفر يقول انه اي العقد
انعقد فاسدا فلا ينقلب جايزا كما اذا باع الدرهم بدرهمين ثم اسقط الدرهم الزايد لا ينقلب صحيحا او باع
عبدا بالف ورطل خمر ثم اسقط الخمر وهذا لان البقاء على حسب الثبوت فان الباقي هو الذي كان قد
ثبت ولابي حنيفة انه اي من له الخيار اسقط المفسد وهو اشتراط اليوم الرابع قبل تقرره اي قبل ثبوته
وتحققه لان ثبوته بمضي ثلثة ايام فيعود جايزا كما اذا باع بالرقم وعلمه في المجلس فرضي به وهذا لان المفسد
ليس هو شرط الخيار بل وصله بالرابع وهو بعرض الفصل قبل مجيئه فاذا اسقطه فقد تحقق زوال المعنى
المفسد قبل مجيئه فيبقى العقد صحيحا ثم اختلف المشايخ في حكم هذا العقد في الابتداء فعند مشايخ
العراق حكمه الفساد بحسب الظاهر اذ الظاهر دوامهما على الشرط فاذا اسقطه تبين الامر خلاف
الظاهر فينقلب صحيحا وقال مشايخ خراسان والامام السرخسي وفخر الاسلام وغيرهما من مشايخ
ما وراء النهر هو موقوف وبالاسقاط قبل الرابع ينعقد صحيحا واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد
العقد الان وهو الاوجه كذا في الظهيرية والذخيرة وذكر الكرخي نصا عن ابي حنيفة ان البيع موقوف
على اجازة المشتري واثبت للبايع حق الفسخ قبل الاجازة لان لكل من المتعاقدين حق الفسخ في البيع الموقوف
ولا يخفى انه لا معنى للفساد بحسب الظاهر دون الباطن الا عدم الفساد في نفس الامر الى ان يدخل الرابع
فيثبت الفساد في نفس الامر فحقيقة القولين لا فساد قبل الرابع بل موقوف ولا يتحقق الخلاف الا
ان يكون الغرض ان الفساد ثابت على وجه يرتفع شرعا باسقاطه خيار الرابع قبل مجيئه وهذا هو ظاهر
الهداية حيث قال ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وقوله وهذا على الوجه الاول يعني
قوله اسقط المفسد قبل تقرره وهو كالقلب فان التعليل هو الذي ينبني على الاصل لان اصل
القاعدة ينبني على التعليل والجواب عن المسايل المقيس عليها لزفر ان الفساد فيها في صلب العقد لانه
بسبب المبيع وهو البدل فلم يمكن رفعه وهنا في شرطه وكما ينقلب العقد جايزا اذا اسقط الخيار
قبل مضي الثلاثة كذلك لو اعتق العبد او مات العبد او المشتري او حدث به ما يوجب لزوم البيع
ينقلب جايزا في قول ابي حنيفة ويلزمه الثمن قوله ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بيننا جاز والمنتفع بهذا الشرط هنا هو البايع وكذا لو قبض الثمن وقال ان رده البايع الى ثلثة
ايام فلا بيع يجوز هذا البيع بهذا الشرط ويصير كخيار الشرط حتى اذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونا
عليه بالقيمة ولو اعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ولو اعتقه البايع نفذ والى اربعة ايام لم يجز عند
ابي حنيفة وابي يوسف فان نقد الثمن قبل مضي الثلثة تم البيع وان لم ينقده فيها فسد البيع ولا ينفسخ نص
عليه ظهير الدين وقال لا بد من حفظ هذه المسئلة حتى لو اعتقه المشتري وهو في يده عتق لا ان كان
في يد البايع وقال محمد يجوز الى اربعة ايام واكثر على قياس قوله في شرط الخيار فان دفع الثمن في الثلثة جاز
في قولهم جميعا والاصل فيه ان في صحة هذا البيع الى ثلاثة ايام في الثمن ان هذا في معنى اشتراط الخيار
فيلحق به دلالة لا قياسا والدلالة لا يشترط فيها سوى التساوي وفهم الملحق بمجرد فهم الاصل مع فهم اللغة
وكل من علم صحة اشتراط الخيار للتروي ثلثة ايام لكل من المتبايعين يتبادر اليه ان شرعيته للتروي لدفع
ضرر الغبن في المبيع والثمن فيتبادر اليه جوازه لدفع الغبن في الثمن بالمماطلة وكون هذا ينفسخ بتمام المدة

قبل دفع الثمن وذاك ينبرم بتمامها بلا رد لا اثر له لان المعتبر في الدلالة الاشتراك في الجامع الذي يفهمه
من فهم اللغة الا انك سمعت انه لا ينفسخ بتمامها بل ترجع فاسدا وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في
الملحق به وهو انه لا يزاد على الثلاثة فكذلك في الملحق وكذا محمد حيث جعله جايزا بلا تقييد بمدة وابو يوسف
فرق فاخذ في الاصل بالاثر يعني اثر ابن عمر في جواز شرط الخيار اكثر من ثلثة ايام واخذ في هذه المسئلة
بالقياس اي في نفي الزايد على الثلثة واما في الثلثة فبحديث ابن البرصا على ما سنذكره في خيار التعيين
هذا على ما ذكر عن ابي يوسف هنا وقد روي عنه انه رجع الى قول محمد رواها الحسن بن ابي مالك عنه وفي
الاصح انه مع ابي حنيفة وكثير من المشايخ لم يرجحوا عنه شيا وحكموا على قوله بالاضطراب وفي هذه المسئلة
قياس اخر يقتضي ان لا يجوز هذا البيع اصلا وهو انه بيع شرطت فيه اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وهو عدم
دفع الثمن في الثلثة ايام والاقالة لا تتعلق بالشرط لان فيها معنى التمليك حتى جعلت بيعا جديدا في حق ثالث
وهو لو شرط الاقالة الصحيحة وهي لم تعلق بالشرط بان قال بعتك على ان اقيلك وتقبلها او قال اشتريت
منك على ان تقيلني لا يصح لانه شرط لا يقتضيه العقد فاشتراط الفاسدة اولى ولهذا القياس قال زفر
ومالك والشافعي واحمد فكلهم منعوا صحة البيع والوجه عليهم ما قدمناه من الالحاق بالدلالة لا
بالقياس وهو المراد بقول المصنف وجه الاستحسان ما بينا **قوله** وخيار البايع يمنع خروج المبيع عن
ملكه لان تمام هذا السبب الذي هو البيع بالمراضاة لما عرف من قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض
منكم ولا يتم الرضى مع الخيار لانه يفيد عدم الرضى بزوال ملكه فلم يتم السبب في حق البايع لانه لا يعمل الا
مع وجود الشرط وهو الرضى فلا يوجب حكمه في حقه فلا يخرج المبيع عن ملكه فلهذا جاز تصرفه فيه فنفذ
عتقه فيه ولو كان في يد المشتري ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البايع لبقاء ملك البايع فيه
بلا اخلال وبالتعليل المذكور يعرف ان خيار المشتري يمنع خروج الثمن من ملكه لاتحاد نسبته الى كل من الخيار
وانه اذا كان الخيار لهما لا يخرج المبيع من ملك البايع ولا الثمن من ملك المشتري ولو قبض المشتري المبيع وكان
الخيار للبايع فهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا في حق المبيع
ولا يمكن نفاذه بالهلاك لانه لا نفاذ بلا محل فبقي في يد المشتري مقبوضا لا على وجه الامانة المحضة كالوديعة
والاعارة كما نقل عن ابن ابي ليلى رحمه الله انه لم يضمنه لانه ما رضي البايع بقبضه الا على جهة العقد
فاقل ما فيه ان يكون المقبوض على سوم الشراء وفي المقبوض على سوم الشرا القيمة اذا هلك وهو قيمي
والمثل في المثلي اذا كان القبض بعد تسمية الثمن اما اذا لم يسم ثمن فلا ضمان في الصحيح وعليه فرع ما
ذكره الفقيه ابو الليث في العيون في رجل اخذ ثوبا فقال اذهب به فان رضيته اشتريته فضاع في يده
لم يلزمه شي وان قال ان رضيت اشتريته بعشرة كان ضامنا للقيمة وثبوت الضمان بالقيمة على المشتري
في هذا البيع قال مالك والشافعي في المشهور وعندهم وجه في ضمانه بالثمن وهو قياس قول احمد
لانه قال يخرج المبيع من ملك البايع ثبوت الخيار له لان السبب قد تم بالايجاب والقبول وثبوت الخيار
ثبوت حق الفسخ وليس من ضرورة ثبوت حق الفسخ انتفاء حق الملك كخيار العيب قلنا قولك تم البيع بالايجاب
والقبول ان اردت في حق حكمه منعناه او تمت صورته فسلم ولا يفيد في ثبوت حكمه حتى يوجد شرط
عمله وهو تمام الرضى على ما ذكرنا وتقييد المصنف الهلاك بكونه في مدة الخيار ليخرج ما اذا هلك بعدها
وانه حينئذ يضمن الثمن لانه هلك بعدما انبرم البيع لعدم فسخ البايع في المدة ولو هلك المبيع في يد

البايع

البايع والحال ان الخيار له لا اشكال في انه ينفسخ ولا شي على المشتري اعتبارا بالبيع الصحيح المطلق عن شرط
الخيار فان فيه اذا هلك المبيع في يد البايع قبل التسليم انفسخ البيع والتقييد بالصحيح ليس لاخراج الفاسد لان
الحال في البيع الفاسد كذلك اعني الانفساخ بهلاك المبيع في يد البايع بل لان الاعتبار بالاصالة له
والفاسد ياخذ حكمه منه **قوله** وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع وقوله لان البيع الى
اخره تعليل المحذوف وهو قولنا فيخرج المبيع عن ملك البايع لان البيع في جانبه لازم بات فقد تم السبب
في حقه وانتفى ما يمنعه من عمله اذا كان خيار المشتري لا يمنعه فيخرج وهذا لان الخيار انما يمنع خروج
البدل الذي هو من جهة من له الخيار لما ذكرنا انه يوجب عدم الرضى بخروج ملكه عنه فلا يوثر السبب
خروجه لعدم شرط عمله فيبقى على ملكه كما كان **قوله** الا ان المشتري لا يملكه يعني لكن وهو استدراك
لامر متبادر عند قوله يخرج المبيع من ملك البايع اذا كان الخيار للمشتري وهو المقدار الذي ذكرناه فانه
يتبادر بحكم العادة انه اذا خرج المبيع من ملك البايع يدخل في ملك المشتري وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا يملكه المشتري وبه قال مالك واحمد والشافعي في قول لانه لما خرج عن ملك البايع لو لم يدخل
في ملك المشتري يكون زايلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع في باب التجارة والمعاوضة فيكون كالسايبة
فلا يرد شرا المتولي امر الكعبة اذا اشترى عبدا لسدانة الكعبة والضيعة الموقوفة بعبيدها اذا ضعف احدهم
فاشترى بدله اخر فانه لا يدخل في ملك المشتري لان ذلك ليس من هذا الباب بل من باب الاوقاف وحكم
الاوقاف ذلك وكذا لا يرد التركة المستغرقة بالدين فانها تخرج من ملك الميت ولا تدخل في ملك الورثة
ولا الغرما للقيد المذكور ولابي حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن من ملكه فلو قلنا انه يدخل المبيع في
ملكه اجتمع البدلان الثمن والمبيع في ملك احد المتعاوضين حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع ولان يكون
المعاوضة تقتضي المساواة بين المتعاوضين في تبادل ملكيهما بخلاف ضمان غاصب المدبر اذا ابق من
عنده سواء قلنا انه بدل اليد او الملك حيث لا يخرج المدبر به من ملك مالكه فيجتمع العوضان في ملك
واحد فانه ضمان جناية لا ضمان معاوضة شرعية وهذا الزم في الشرع مما ذكراه فان المشتري للسدانة
وللوقف كاين في المعاوضة وهو يخرج ولا يدخل في ملك احد ولان خيار المشتري شرع نظرا له ليتروى
فيقف على المصلحة في رايه ولو اثبتنا الملك له بمجرد البيع مع خياره الحقناه نقيض مقصوده اذ ربما
كان المبيع من يعتق عليه فيعتق من غير اختياره فيعود شرع الخيار على موضعه بالنقض اذا كان منوطا بالنظر
وذلك لا يجوز وقد اورد على هذا انه لو لم يثبت الملك للمشتري لم يستحق به الشفعة لان استحقاقها بالملك
ولذا لا تثبت لحق السكنى لكنه يستحقها اذا بيعت دار بجوارها بالاتفاق او الاجماع اجيب بانه انما
استحقها لانه صار احق بها تصرفا لا لانه ملكها كالعبد الماذون يستحقها اذا بيعت دار بجواره بهذا المعنى
وحاصل هذا منع قصر استحقاق الشفعة على حقيقة الملك بل هو او ما في معناه وهذا تكلف لا يحتاج
وسياتي المسئلة معللة بابرام البيع في ضمن طلب الشفعة فيثبت مقتضى تصحيحا وما في الاجناس لو بيعت
دار بجنبها فاخذها بالشفعة لا يبطل خيار الروية فله ان يردها اذا راها ويبطل خيار الشرط فان هلك
المبيع في يد المشتري ولو في مدة الخيار هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب لا يرجى زواله كان قطعت يده
ولو بغير صنعه فانه يلزمه الثمن ويمنع الرد بخلاف ما لو كان يرجى زواله في المدة بان مرض فان المشتري
على خياره لكن ليس له ان يرده مريضا بل حتى يبرا في المدة فان مضت المدة ولم يبرا لزم البيع فيه وعن ابي يوسف

يبطل خيار المشتري في كل عيب باي وجه كان الا في خصلة وهي ان النقصان اذا حصل في يد المشتري بفعل
البايع لا يبطل خياره بل ان شاء رده وان شاء اجاز البيع واخذ الارش من البايع وقوله بخلاف ما اذا كان الخيار
للبايع متصل بقوله هلك بالثمن يعني الفرق بين ما اذا كان الخيار للبايع فهلك المبيع في يد المشتري فانه
يهلك بالقيمة وبين ما اذا كان للمشتري فهلك في يد المشتري يهلك بالثمن هو ان الهلاك لا يخلو عن مقدمة
عيب ودخول العيب يمنع الرد حال قيامه كاينا ما كان فاذا اتصل به الهلاك لم توجد حالة مجوزة
للرد فيهلك وقد انبرم العقد وانبرام العقد يوجب الثمن لا القيمة بخلاف ما تقدم من كون الخيار للبايع
فان تعيب المبيع لا يمنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف فيبطل العقد فلا يجب الثمن بل القيمة
قوله ومن اشترى امراته على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح عند ابي حنيفة لانه لم يملكها لما له
من الخيار والمبيع لا يدخل في ملك المشتري بالخيار فلو رد المبيع استمرت زوجة عنده وعندهما اذا فسخه
رجعت الى مولاها بلا نكاح عليها وان وطئها بعد السبب له ان يردها بالخيار لان الوطي لا يلزم هنا
ان يكون اجازة لان له في النكاح ملكا فانما حل له الوطي فلم يلزم كون وطيه اجازة الا اذا كانت بكرا
لان الوطي ينقص البكر فيمتنع الرد للعيب الذي حدث عنده ولم من هذا يعرف انه لو نقصها الوطي وهي ثيب
يمتنع الرد عنده ايضا للنقص الذي دخلها لا لذات الوطي فان قيل لما زوجها مولاها الذي باعها فقد
رضي بالنقصان بزوال البكارة وحين ثبت له الخيار فقد رضي بالرد فيكون راضيا بردها ناقصة
اجيب بمنع بقاء الرضي بذلك بعد البيع بل لما باعها نسخ ذلك الرضي الى الرضي بما هي احكام هذا
البيع واحكام هذا البيع ما ذكرنا وقالا ينفسخ النكاح لانه ملكها فان وطئها لا يرد ولو كان ثيبا لان الوطي
بعد انفساخ النكاح ليس الا بملك اليمين فكان مسقطا للخيار ورضي بالبيع وهذه المسئلة من فروع الخلاف
في ثبوت الملك في المبيع للمشتري بشرط الخيار وعدمه ولها اخوات ذكرها المصنف تفريعا على الخلاف
في ذلك منها عتق العبد المشترى على المشتري بشرط الخيار في مدة الخيار اذا كان قريبه قرابة محرمة
عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضي المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه ومنها ان من قال ان ملكت عبدا فهو حر
فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه لا يعتق عند ابي حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما
وجد فعتق لانه ملكه اما لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا بشرط الخيار فانه يعتق بالاتفاق
لوجود الشرط وهذا الشرا يكون كالشري للعتق بعده من حيث ثبوت الحرية لا من كل وجه ولذا لا يعتق
عن الكفارة اذا نوى الحالف بشرايه ان يعتق عن كفارته ومنها انه لو اشترى جارية على انه بالخيار
فحاضت في مدة الخيار او وجد بعض الحيضة فيها ثم اختار البيع عنده لا يجتزئ بتلك الحيضة لانها
قبل الملك والموجود بعد الملك بعض الحيضة فلا بد من حيضة اخرى لحل الوطي وعندهما يجتزئ بها لوجودها
بعد الملك وينبغي ان يقيد بكون ذلك بعد القبض لان السبب لوجوب الاستبراء الملك والملك المؤكد
يكون بالقبض ولو اختار الفسخ فردها الى البايع لا يحتاج البايع الى استبرائها عند ابي حنيفة سواء
كان الفسخ قبل القبض او بعده وعندهما ان كان قبل القبض لا استبراء عليه استحسانا وان كان في القياس
يجب وان كان الفسخ بعد القبض وجب على البايع استبراؤها قياسا واستحسانا لاستحداث الملك بعد
ملك المشتري الملك المؤكد بالقبض فيثبت توهم الشغل واجمعوا ان العقد لو كان باتا ثم فسخ باقالة او غيرها
ان كان قبل القبض ففي القياس يجب على البايع الاستبراء وفي الاستحسان غير واجب وان كان بعد القبض

فالاستبراء واجب قياسا واستحسانا ولو كان الخيار للبايع ففسخ في المدة فظاهر الرواية انه لا يجب عليه
استبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري استبراء وما لحيضة بعد الاجازة بالاجماع ومنها
اذا ولدت منكوحته بعدما اشتراها على انه بالخيار في المدة لا تصير ام ولد له وتصير ام ولد له عندهما
وقد قيد الشارحون كلام المصنف بان تكون الولادة قبل القبض ولا بد منه لما ذكر في المبسوط لو ولدت
عند المشتري ينقطع خياره لانها تعيبت بالولادة وتصير ام ولد بالاجماع وصور الطحاوي هذه
الخلافية فيما اذا ولدت قبل الشرا فقال اشترى جارية قد ولدت منه ولدا بشرط الخيار فعند ابي حنيفة
لا تصير ام ولد له وعندهما تصير ام ولد له بالشراء ويبطل خياره ويلزمه الثمن وكذا ذكره غيره وتقييده
بكونه قبل القبض احسن وهو يصدق بصورتين ما قبل القبض والشرا وما قبل القبض بعد الشرا
ومنها ما اذا قبض المشتري بشرط الخيار له المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع فهلك في يده في المدة
هلك من مال البايع عنده لارتفاع القبض بالرد لانه لما لم يملكه ارتفع القبض بالايداع لان البايع لا يصلح
ان يكون مودعا لمال نفسه فلا يكون الايداع صحيحا وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع وعندهما
يهلك من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام ملكه وقد يقال عدم صحة الايداع باعتبار ان المالك
لا يصلح مودعا لملك نفسه صحيح لكن الواقع ان المبيع يخرج من ملك البايع بالاتفاق فلا يكون مودعا لملك
نفسه فيصح وديعة المشتري لتحقق ايداع غير المالك كالضارب وغيره وقد يراد ملكه بحسب المال الا
انه ليس بلازم لجواز ان لا يؤول الى ملكه بان يختار المشتري البيع اما لو كان الخيار للبايع فسلمه الى المشتري
ثم ان المشتري اودعه في مدة الخيار البايع فهلك في يده قبل نفاذ البيع او بعده يبطل البيع في قولهم جميعا
ولو كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه وله فيه خيار رؤية او عيب فاودعه البايع
فهلك في يده هلك على المشتري ولزمه الثمن اتفاقا لان هذين الخيارين لا يمنعان ثبوت الملك فصح الايداع
منه ومنها لو كان المشتري بالخيار عبدا ماذونا فابراه البايع من الثمن في المدة يصح ابراؤه استحسانا
لا قياسا لان البايع لم يملك الثمن على المشتري بالخيار فلا يصح ابراؤه عما لا يملكه وفي الاستحسان يصح لوجود
سبب ملكه للثمن وهو البيع واذا صح ابراؤه بالاتفاق بقي على خياره في السلعة ان شاء اجاز البيع فياخذها
بلا ثمن وان شاء رده فيرد السلعة للبايع عند ابي حنيفة لانه لم يملك المبيع فكان رده امتناعا عن تملك
شيء بلا عوض والماذون يليه اي يملك ذلك كما له ان يمتنع عن قبول الهبة وعندهما المبرى من الثمن والوجه
ان المبيع يدخل في ملك المشتري بالخيار لو رده كان متبرعا تمليكا بغير عوض والعبد الماذون ليس من اهل
التبرعات فاذا امتنع الرد انبرم البيع بلا شيء واستشكل تصور المسئلة بسبب ان الثمن لا يخرج من ملك
المشتري بشرط الخيار فكيف يتصور الابراء منه والجواب ان الابراء يعتمد شغل الذمة وليس من
ضرورته زوال ملك المشغول ذمته عن مقداره الا يرى ان المديون مشغول الذمة ولم يزل ملكه
عن شيء من ماله وانما اشتغلت ذمته لصحة السبب لان شرط الخيار ليس داخلا على السبب بل على حكمه كما تقدم
وبوجود البيع لا بد ان تشغل الذمة بالثمن ولا يظن انه يقارن وجوب ادايه بل الثابت اصل الوجوب
وليس في اصل الوجوب طلب اصلا على ما عرف ومنها اذا اشترى ذمي خمرا من ذمي على ان المشتري
بالخيار ثم اسلم المشتري في مدة الخيار بطل خياره عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده
بطل البيع لانه لم يملكها ولا يمكنه تملكها باسقاط الخيار بعد الاسلام فتعين بطلان البيع اما لو كان الخيار

للبايع وان سلم فبطلان البيع بالاجماع هذا اخر ما فرعه المصنف ومن الفروع ايضا على الخلاف في دخول المبيع في ملك المشتري بالخيار ما لو اشترى مسلم من مسلم عصيرا بالخيار فتخمر في المدة فسد البيع عنده لعجزه عن تملكه باسقاط خياره وتم عندهما لعجزه عن رده بفسخه ومنها اذا اشترى دارا على انه بالخيار وهو ساكنها باجارة او اعارة فاستدام سكناها قال الامام السرخسي لا يكون اختيارا وانما الاختيار ابتداء السكنى وقال خواهر زاده استدامة السكنى اختيار عندهما لانه ملك الثمن وعنده ليس باختيار لانه بالاجارة او الاعارة لم يملك شيا ومنها حلال اشترى ظبيا بالخيار فقبضه ثم احرم والظبي في يده ينتقض البيع عنده ويرد الى البايع وقالا يلزم المشتري ولو كان الخيار للبايع ينتقض بالاجماع ولو كان للمشتري فاحرم البايع للمشتري ان يرده ومنها ان الخيار اذا كان للمشتري وفسخ العقد فالزوائد لا ترد على البايع عنده لانها لم تحدث على ملك المشتري وعندهما للمشتري لانها حدثت على ملكه **قوله** ومن شرط له الخيار سواء كان بايعا او مشتريا او اجنبيا له ان يجيز في مدة الخيار باجماع الفقهاء وله ان يفسخ فان اجاز بغير حضرة صاحبه يريد بغير علمه جاز فاذا كان الخيار للبايع فنفاد البيع باحدى معان ثلث بمضي مدة الخيار وبموته وباغمايه وجنونه في المدة فان افاق فيها قال الاسبيجابي رحمة الله عليه الاصح انه على خياره ولو سكر من الخمر لم يبطل بخلاف سكره من البنج ولو ارتد بطل خياره اجماعا فلو تصرف بحكم الخيار فهو موقوف عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والمعنى الثالث ان يجيز البيع كان يقول اجزت البيع ورضيته واسقطت خياري ونحو ذلك واذا كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرنا من الامور الثلاثة للبايع وبالفعل بان يتصرف في المبيع تصرف الملاك في مدة الخيار بان يعتق او يكاتب او يدبر او يبيع المبيع او يهبه ويسلمه او يرهنه او يواجره وان لم يسلمه على الاصح وكذا اذا علق عتقه في المدة فوجد الشرط فيها ومن ذلك ان يباشر في المبيع فعلا لا يحتاج اليه للامتحان ولا يحل في غير الملك بحال فان كان يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك فهو على خياره فالوطي اجازة وكذا التقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى الفرج بشهوة لا بغير شهوة لان ذلك يحل في غير المالك في الجملة فان الطبيب والقابلة يحل لهما النظر والمباشرة نعم التقبيل لا الا ان النظر اليه من حيث هو مس ولو انكر الشهوة في هذه كان القول قوله لانه ينكر سقوط خياره وكذا اذا فعلت الجارية ذلك يسقط خياره في قول لابي حنيفة وقال محمد لا يكون فعلها البته اجازة للبيع لان شرط الخيار للخيار هو لا للخيار عليه ولابي حنيفة ان حرمة المصاهرة تثبت بهذه الاشيا لكانت ملحقة بالوطي فصارت هذه الاشيا من حيث هي ملحقة بالوطي في ايجاب الحرمة كالمضاف الى الرجل واما المباضعة مكرها كان او مطاوعا اختيار اما عند ابي حنيفة فظاهر واما عند محمد فلان الوطي تنقيص حتى لو وجدت من غير المشتري تمتنع الرد فاما المباشرة اذا ابتدا بها والمشتري كاره ثم تركها وهو يقدر على الامتناع فهو اختيار وانما يلزم سقوط الخيار في غير المباضعة اذا اقر بشهوتها لان فعلها يلزم اسقاط خياره فيتوقف على اقراره بما اسقط خياره ولو ادعى الجارية الى فراشه لا يسقط خياره والاستخدام ليس باجازة لانه تمحض به والاستخدام ثانيا اجازة الا اذا كان في نوع اخر وقد اختلف كلامه في الفتاوي الصغرى فقال الاستخدام مرارا لا يكون اجازة وقال في موضع اخر قال المرة الثانية تبطل الخيار واكله المبيع وشربه ولبسه يسقط الخيار وفي قاضي خان اذا لبسه مرة واستخدم الخادم مرة لا يبطل خياره ويبطل بمرتين وركوبها ليسقيها او يردها او يعلفها اجازة وقيل ان لم يمكنه بدون الركوب

لا يكون اجازة واطلق في فتاوي قاضي خان انه لا يبطل خياره فقال وركوبها ليسقيها او يردها على البايع لا يبطل خياره استحسانا فجعله الاستحسان ولو قلع حوافر الدابة او اخذ بعض عرفها لا يبطل ولو نحى من الكتا لنفسه او لغيره لا يسقط ولو درس فيه يسقط وقيل على العكس وبه اخذ ابو الليث وطلب الشفعة بالدار المشتراة رضي بها بخلاف خيار الرؤية والعيب ولو حدث به عيب في خيار المشتري بطل خياره سواء حدث بفعل البايع او بغير فعله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يلزمه العقد بفعل البايع لان البايع لا يقدر على الزام البيع ومتى قلنا انه يلزم بجنايته اثبتنا له قدر الزامه فتفوت فايدة شرط الخيار للمشتري بخلاف ما اذا كان من اجنبي فان لزومه لا من قبله ولهما ان ما ينتقص بفعل البايع في ضمان المشتري فيلزم العقد في ذلك القدر الذي تلف في ضمانه وتعذرت على البايع حصته من الثمن فمتى رد الباقي كان تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام في حق الرد وهو لا يجوز كفعل الاجنبي واذا عرف هذا عرف ان المشتري يرجع على البايع بالارش ولو كان الخيار للبايع وحدث به عيب فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله فهو غير مضمون على البايع ولذا لو سقطت اطرافه لم يسقط شي من الثمن لكنه يخير المشتري ولو حدث بفعل البايع انتقض البيع لان ما انتقص مضمون عليه ويسقط حصته من الثمن فلو نفينا الخيار تفرقت الصفقة على المشتري ولو بزغ الدابة فهو رضي ولو حلب لبنها فهو رضي عند ابي حنيفة رواه ابو يوسف عنه وقال ابو يوسف لا يكون رضي حتى يشربه او يستهلكه ولو سقى حرثا في الارض فيما اذا اشترى الارض وحصد الزرع او فصل منه شي فيما اذا اشترى الزرع فهو رضي ولو سقى دوابه من النهر او شرب هو فليس برضي ولو طحن في الرحى فهو رضي وقد ذكر فيها تفصيل وذلك في رحى الماء وليست في ديارنا ولو كان المبيع دارا فيها ساكن فطلب المشتري الاجرة من الساكن فهو اجازة ولو غسل العبد او الجارية او مشطها بالمشط والدهن والبسها فليس برضي **قوله** وان فسخ اي من له الخيار في المدة بغير حضرة الاخر وبغير علمه لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد فهو قول مالك والمراد بالحضرة العلم حتى لو لم يبلغه الفسخ الا بعد المدة تم البيع لعدم اعتبار ذلك الفسخ وقال ابو يوسف يجوز وهو قول الشافعي وكذا الخلاف في خيار الرؤية والفسخ بالقول في المدة بان يقول فسخت او رددت البيع وغير ذلك مما يدل على رد البيع وهذا الفسخ بالقول هو الذي الخلاف في جوازه بغير علم الاخر واما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقا وكان مقتضى النظر ان من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول ان يقول به فيما هو فعل اختياري لانه كالقول من حيث هو اختياري يثبت به الانفساخ بخلاف الموت وفعل الامة ودخول العيب بغير صنعه والهلاك فان كان الخيار للبايع فهو ان يتصرف في المبيع تصرف الملاك كالعتق والبيع والوطي وجميع ما قدمنا انه اجازة اذا صدر من المشتري من الافعال فهو فسخ اذا صدر من البايع له اي لابي يوسف انه اي الفاسخ منهما مسلط على الفسخ من جهة صاحبه يعني الذي لا خيار له فلا يتوقف فسخه على علمه كبيع الوكيل يجوز مع عدم علم الموكل ولهما انه تصرف في حق الغير وهو الذي لا خيار له بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه اي الغير الذي لا خيار له عساه يعتمد على تمام البيع السابق اذا انقضت المدة ولم يظهر له الفسخ فيتصرف المشتري فيه فيما اذا كان الخيار للبايع والواقع انه فسخ فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك وقد يكون القيمة اكثر من الثمن او لا يطلب لسلعته مشتريا اعتمادا على نفاذ البيع لما لم يظهر له الفسخ في المدة اعتمادا على تمامه فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر لحق من قبل الانفراد بالفسخ فيتوقف على علمه وصار كعزل الوكيل قصدا حال عدم علمه لا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به كيلا

يتضرر ويلزوم الثمن من ماله اذا كان وكيلا بالشرا، ويبطلان **قوله** وتصرفه اذا كان وكيلا بالبيع
وربما يعتمد المشتري منه النفاذ فيتشعب الفساد والحاصل قياسان تعارضا قياس ابي يوسف على تصرف
الوكيل وقياسهما على عزل الوكيل ثم في قياسهما امور طردية لامعنى لها وهو قوله تصرف في حق الغير
بالرفع فان هذا لا اثر له في نفي الصحة بلا علم انما اثره في نفي الصحة بلا اذن فان كونه حق الغير يمنع التصرف
بلا اذن فهو بالنسبة الى العلم طرد والاذن قد وجد في ضمن شرط الخيار له فان قيل لا نسلم ان شرط الخيار
تضمن الاذن له بالفسخ مطلقا انما يكون ذلك لو لم يكن مظنة ان يلحقه ضرر اما اذا كان الفسخ بغير علمه
طريق ضرر يلحقه فلا. **قلنا** فاستقام حينئذ ان المؤثر ليس الا كون فسخ مظنة ذلك الضرر وصح قولنا
ان ما سواه لا اثر له من كونه تصرف في حقه بلا علمه وحينئذ فيقتصر النظر على اثبات التضرر ولا
يخفى ان الضرر الذي ذكر انه يلحق المشتري اذا كان الخيار للبايع في حيز التعارض لان تضرر لزوم القيمة
انما يكون بناء على زيادة القيمة على الثمن وهو غير لازم ولا اكثري بل قد يكون اكثر من القيمة فهما في محل
التعارض بل الغالب ان البيع ان يكون بما هو قيمة البيع خصوصا بياعات الاسواق فبطل ذلك الشق
واما ضرر البايع باعتماده فلا يطلب لسلعته مشتريا فانما لحقه من تقصيره حيث لم يستكشف من
المشتري في المدة هل فسخ اولا ومثل هذا كثير في الفقه اعني الزام ما هو ضرر للتقصير من لزمه في
احتياطه لنفسه مع المكنة خلافا للوكيل فان ضرره لازم بالزام ثمن ما يشتريه عليه ان كان وكيلا بالشرا
لان الشرا اذا وجد نفاذا لا يتوقف فيتضرر بالزام ثمن لا غرض له فيه ولا حاجة له به وقد لا يكون
ماله كالمقدار وباهدار اقواله اعني عقوده اذا كان وكيلا بالبيع وهذا اضر على النفس من اقراض المال
لدفع الدين لما يلزمه عند الناس من تحقير شانه ووضع قدره فالوجه لابي يوسف والشافعي اقوى والله
اعلم وقوله حينئذ ولا نقول انه مسلط من جهته وكيف وهو لا يملك الفسخ فلا يملك تسليطه مشاحة
لفظية فان المراد من سلطه اذن له في التصرف في حقه ذلك بالرفع في المدة فاذا امتنع تضمن شرط الخيار
بلا علمه للضرر كان الاذن مقيدا بعدم محل الضرر وهو حال العلم فجوابه ما ذكرنا من انتفايه في صورة
التعارض وعدم تاثيره في اخرى لتقصير من يلزمه وهذا اجابوا عن المعارضة القايلة لو لم ينفرد
من له الخيار بالفسخ يتضرر هو ايضا لانه يمكن ان يختفي صاحبه في المدة حتى تنقضي فيلزمه فهذا الضرر انما
لزمه من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل **واما الجواب** بان الضرر بالاختفاء على صاحب الخيار لعجزه عن احضاره
بالاختفاء ففي سعة فضل الله التجاوز عنه **وقيل** الظاهر انه لا يختفي لانه امين حيث اثبت الخيار لصاحبه
واعلم ان لالزام هذا الفسخ على احدى الروايتين في فتاوى قاضي خان جاء الى باب البايع ليرد فاختفى
فيه فطلب من القاضي ان ينصب خصما عن البايع ليرده عليه قال بعضهم ينصب نظرا للمشتري وقال
محمد بن سلمة لا يجيبه لان المشتري ترك النظر لنفسه حيث لم ياخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته فلا ينظر له
فان لم ينصب القاضي وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد روايتان في رواية يجيبه فيبعث مناديا
ينادي على باب البايع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان يرد المبيع عليك فان حضرت والا
نقضت البيع ولا ينقض القاضي بلا اعذار وفي رواية لا يجيبه الى الاعذار ايضا وقيل لمحمد يعني على هذه
الرواية كيف يصنع المشتري قال ينبغي للمشتري ان يستوثق فياخذ منه وكيلا ثقة اذا خاف الغيبة حتى
اذا غاب يرده على الوكيل وطريق نقض القاضي على احدى الروايتين انه اذا كان الخصم اني اعذرت اليه

واشهدت

واشهدت فتواري يقول القاضي اشهد والله زعم انه اعذر الى صاحبه في المدة كل يوم واختفى فان كان
الامر كما زعم فقد ابطلت عليه الخيار فان ظهر وانكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار وهذا لانه لا يمكن
من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لانه لا حكم على غايب ولا يسع حال غيبته بالحكم بها عليه واذا عرف
هذا فالمسايل الموردة نقضا مسلمة لانها غير وقف ما نرجح من قول ابي يوسف لكنا نوردها بناء على
تسليم تمام الدليل فمنها ان المخيرة يتم اختيارها لنفسها بلا علم زوجها ويلزمه حكم ذلك **واجيب** بان
لزوم حكم الطلاق على الزوج بايجابه نفسه وهو تخييره وهو بعد الرضي والعلم وهو مدفوع بان
اثبات خيار الفسخ بمنزلة اثبات خيار الطلاق فان كان الطلاق بايجابه فيجوز حال غيبته فكذا الفسخ
بايجابه فيجوز حال غيبته. **ومنها** الرجعة ينفرد بها الزوج ويلزم حكمها المراة حتى لو تزوجت بعد ثلث
حيض فسخ اذا ثبت الرجعة قبلها. **اجيب** بان الزوج لا يلزمها حكما جديدا الا ان الطلاق الرجعي لا يرفع
النكاح وانما تثبت البينونة عند فراغ العدة بشرط عدم الرجعة فكان عليها ان تستكشف شرط نصرفها
هل هو موجود اولا ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص فان حكمها يلزم غيره بلا علمه واجيب
بانها اسقاطات لا يلزم لها شي من اسقطه عنه فلا يتوقف على علمه. **ومنها** خيار المعتقة يصح اختيارها
الفرقة بلا علم زوجها. **اجيب** لا رواية فيها وعلى تقدير التسليم فالتخيير اثبته لها الشرع مطلقا وله
الولاية عليهما ولا يخفى ان هذا من فساد الوضع فان كون الشرع اثبت حكم التصرف على الاخر بغير علمه في
خيار المخيرة يقتضي ان الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الاخر في ثبوت حكمه في حقه فان قلت فما
الضرر الذي يلزمه او لاحق يحتاج الى جوابه. **قلنا** امتناعه عن تزوج امة بناء على قيام نكاح التي اعتقت
ومنها خيار المالك في بيع الفضولي بدون علم المتعاقدين. **اجيب** بان عقدهما لا وجود له في حق المالك
اذ لا ولاية لهما عليه فاذا رد فقد تبقى عدم شرط الثبوت فانعدم اصلا في حقه فانه يمنع الانعقاد
حكما ومنها العدة فانها تلزم على المراة بتطليق الزوج وان كان بغير علمها. **اجيب** بان العدة لا تجب
بالطلاق حتى يتوقف نفاذ الطلاق على علم من يجب عليه العدة الا ترى انها لا تجب بالطلاق قبل الدخول
بل الطلاق تصرف في حق نفسه بازالة ملكه ما قدره الله تعالى عليه فانما يلزم في ضمن الطلاق والعبرة
للمتضمن واما هنا فليس جواز الفسخ له بتسليط صاحبه لما ذكرنا وقد عرف ما فيه **فروع** اشتريا
غلاما على انهما بالخيار فرضي احدهما لا رد للاخر عنده وقالا له رد نصيبه ولو كان الخيار للعاقدين فقال
البايع بحضور المشتري اجزته ثم قال المشتري فسخته بحضوره انفسخ فان هلك في يد المشتري سقط
الثمن ولو بدا المشتري بالفسخ ثم البايع بالاجازة ثم هلك فعلى المشتري قيمته ولو تفاسخا العقد ثم
هلك في يد المشتري قبل الرد يبطل حكم الفسخ ذكره في المجتبى **وفي** الفتاوى باع ارضا على ان البايع بالخيار
ثلاثة ايام وتقابضا ثم نقض البايع البيع تبقى الارض مضمونة على المشتري وللمشتري حبسها الى ان يستوفي
الثمن الذي كان دفعه الى البايع فان اذن البايع بعد ذلك للمشتري في زراعتها فزرعها يصير امانة
عند المشتري وكان للبايع ان ياخذها متى شاء قبل ان يرد الثمن وليس للمشتري حبسها لانه لما زرع
باذن البايع صار كانه سلمها الى البايع ولو مرض العبد والخيار للمشتري فلقي البايع فقال له نقضت
البيع ورددت العبد عليك فلم يقبل البايع ولم يقبضه فان مضت المدة والعبد مريض لزم المشتري
وان صح فيها فلم يرده حتى مضت كان له ان يرده على البايع بذلك الرد الذي كان منه **ومن** باع على انه

بالخيار فصالحه المشتري على دراهم او عرض بعينه على انه يسقط الخيار ويمضي البيع ففعل جاز وطاب
اذ حاصله زيادة في الثمن وكذا لو كان الخيار للمشتري فصالحه البايع على انه يسقط الخيار ويحط عنه من الثمن
كذا او يعطيه هذا العرض جاز لانه زيادة في البيع او حط من الثمن ولو امره ببيع عبده على ان يشرط
الخيار له ثلثة ايام فباعه مطلقا لم يجز ولو امره مطلقا فباعه بشرط الخيار للآمر او للاجنبي صح ولو وكله
بالشراء توكيلا صحيحا فهو على ما ذكرنا من التفصيل الا ان العقد متى لم ينفذ على الآمر ينفذ على المامور بخلاف
البيع لان الشرا اذا لم يجد نفاذا نفذ على العاقد **قوله** واذا مات من له الخيار بطل خياره بايعا
كان او مشتريا ولم ينتقل الى ورثته واذا بطل خياره يلزم البيع فان كان الخيار للبايع دخل ثمن المبيع
في ملك ورثته وان كان الخيار للمشتري دخل المبيع في ملك ورثته وللبايع الثمن في التركة ان لم يكن قبضه
وقيد بمن له الخيار لانه اذا مات العاقد الذي لا خيار له فالآخر على خياره بالاجماع فان امضى مضى
وان فسخ انفسخ وقال الشافعي يورث عنه وبه قال مالك على ما هو في كتبهم المشهورة لانه اي الخيار
حق الانسان لازم حتى ان صاحبه لا يملك ابطاله فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين فانهما يورثان
بالاتفاق ولنا ان الخيار ليس الا مشية وارادة فلا يتصور انتقاله لانه وصف شخصي لا يمكن فيه
ذلك والارث فيما يمكن فيه الانتقال وهو الاعيان ولفظ مشية منصوب على انه خبر ليس وما في
الشروح من انه بدل عن الخبر وتقديره ان الخيار ليس شيا الا مشية مبني على قول ضعيف في العربية من ان يقدر
المعمول غير ما فرغ العامل له ويجعل ما بعد الا بدلا له والمختار ان المفرغ له هو المعمول ففي ما قام الا زيد
زيد فاعل بخلاف ما قاسوا عليه من خيار العيب لان الارث فيه للعين ومن جملة الجزء المستحق فاذا دخل
في ملكه تمام الاجزاء وبعضها محتبس عند انسان كان يختار ان يترك حقه او يطلبه وهذا معنى ثبوت خيار
العيب غير ان طلبه لا يمكن شرعا الا برد الكل واما خيار التعيين فجعله اصلا آخر للشافعي لا يصح على
اصله لانه لا يجيز خيار التعيين فكانه ذكره الزاما لنا وجوابه كذلك ان الموروث هو احد العينين
المخير في تعيينه فينتقل الى الوارث ذلك ولازمه اختلاط الملكين فصار كما اذا ورث ما لا مشتركا
فيثبت حكم ذلك وهو وجوب التعيين والافراز وهو معنى الخيار فجاء الخيار لازما للعين الموروثة
في الموضعين ضمنا لا قصدا على وجه الاستقلال ولا يمكن ذلك فيما فيه خيار الشرط لان البيع ليس ملزوما
للخيار لينتقل الى الوارث بما فيه على انه لا يتصور فيما اذا كان الخيار للمشتري فانه لم يدخل المبيع في
ملكه عند ابي حنيفة فلا يورث ووجهه قوي على ما تقدم ويقال على اصل الدليل قولكم لا يتصور
انتقال الوصف ان اردت حقيقة فمسلم لكن مرادنا بالانتقال ان يثبت للوارث شرعا ملك خلف
ملك الميت او استحقاقه لا عين ذلك الملك والاستحقاق المقيد باضافته الى الميت لان ذلك غير
ممكن فالوجه في الاستدلال ليس الا ان يقال ثبوت ذلك شرعا في املاك الاعيان معلوم متفق
عليه واما ثبوته عن الشرع في غيرها من الحقوق فمتوقف على الدليل السمعي ولم يوجد ونفي المدرك
الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي فان قالوا بل قد وجد وهو ما روي عنه عليه السلام انه قال من ترك مالا او
حقا فلورثته ومن ترك كلا او عيالا فالي قلنا الثابت قوله مالا في الصحيح واما الزيادة الاخرى
فلم تثبت عندنا وما لم يثبت لم يتم الدليل واما الجواب بان الملك انما ينتقل في ضمن انتقال
العين فبعد انه في غاية الضعف اذ لا معنى لكون الارث انتقال النفس ذات العين والملك بتبعها

بتقليل تامل فان حقيقة انتقالها انما هو في المكان فآل الى ان المراد انتقال ملكها ليس غير ثم بينا المراد
بقولهم انتقل ملكها بما يبني كل ذلك الكلام والمحاورات المكتوبة في بعض الشروح هذا ويلزمه على تقدير
ثبوته ان يورث خيار المجلس عندهم والمنقول عنهم عدمه ثم نقول مقتضي النظر ان يتفرع عدم انتقاله الى
الورثة على قول ابي حنيفة اما على قولهما فينبغي ان يورث فانهما يثبتان الملك للمشتري بالخيار في العين فينتقل
الى الورثة عين مملوكة له فيها خيار ان يفسخ كما في الخيار العيب بعينه وفي خيار البايع ينتقل الى الثمن مملوكا
لهم **قوله** ومن اشترى شيا وشرط الخيار لغيره يعني لغير الذي هو ليس عاقدا والا فغيره يصدق على
البايع فايهما اجاز من الشارط العاقد والمشروط له الذي هو غيره جاز وايهما نقض البيع انتقض فلفظ من مبتدا
والجملة الشرطية وهي ايهما اجاز خبره واذا تضمن المبتدا معنى الشرط جاز دخول الفا في خبره نحو الذي ياتيني
فله درهم واصل هذا اي جواز اشتراطه لغير العاقد ان جوازه استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
وقول الشافعي وبقولنا قال مالك واحمد وهو الاصح من مذهب الشافعي الا ان في ثبوته للعاقد مع ذلك
الغير وجهين في وجه يثبت لهما وفي وجه يثبت للغير وحده وعلى قوله الموافق لقول زفر فيه وجهان
في وجه يفسد البيع وفي وجه يصح البيع ويبطل الشرط وجه قول زفر ان الخيار من مواجب العقد واحكامه
فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غير المشتري واشتراط ملك البايع لغير المشتري واشتراط
تسليم الثمن او المبيع على غير العاقدين ولان هذا تعليق انفساخ البيع وانبرامه بفعل الغير والبيع لا يحتمل
ذلك وقياسا على خيار الرؤية والعيب وجه الاستحسان ان الحاجة قد تمس الى اشتراطه للغير لان شرعيته
لاستخلاص الراي وقد يكون الانسان يعلم من نفسه قصور الراي والتدبير غيره واثق بها في ذلك الى الغير
ممن يعلم حزمه وجودة رايه ومعرفته بالقيم واحوال البياعات فيشرط الخيار له تحصل المقصود من شرعيته
فيجب تصحيحه واجنبيه عن العقد انما تمنع ان سلنا صحة ما نعيته لو اجزناه اصلا مستقلا لكنا لم نعتبره
الا تبعا لثبوت الاشتراط للعاقد فيثبت اشتراطه لنفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه فيثبت لهما وليشكل
باستلزامه ثبوت ما هو الاصل بطريق الاقتضاء والثابت به انما هو ما يكون تبعا قلنا الملازمة ممنوعة
لان المراد التبعية والاصالة بالنسبة الى ما هو المقصود ولا وبالذات لا بالنسبة الى الوجود فالمقصود
بالذات في قوله اعتق عبدك عني بالف انما هو العتق فكان التملك مقصود الغيره تبعا لقصده ليصح العتق
عنه وان كان اصلا بالنسبة الى الوجود فكذا هنا المقصود ولا وبالذات ليس الا الاشتراط للاجنبي
لانه هو الذي به يحصل مقصود العاقد بالفرض فكان ثبوته للعاقد تبعا للمقصود ليصح المقصود به
فكان ثبوته بطريق الاقتضا واتبعا على ما هو الاصل في الاقتضاء هذا هو التحقيق ان شاء الله تعالى
ولا حاجة في جوابه الى تكلف زايد فان قيل فلم لم يجز اشتراط الثمن على الاجنبي ويثبت كما لنه اقتضاء كما
يثبت الخيار له ويثبت للعاقد اقتضاء **اجيب** بان الثمن دين على العاقد والكفالة ليس فيها نقل الدين
على الكفيل فلو ثبت الكفالة اقتضاء لاشتراطه على الاجنبي ابطلت المقتضى وهو اشتراطه فانه انما يعني
ثبوته على المشترط عليه على ما هو ثابت على العاقد نعم لو كفله كفالة صريحة بالثمن الدين صح وعند صيرورة
الخيار لهما يكون لكل منهما الخيار فايهما اجاز جاز وايهما نقض البيع انتقض فلو اجاز احدهما وفسخ الآخر
يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان معا يعتبر تصرف العاقد في رواية
كتاب البيوع نقضا او اجازة والتصرف الذي هو الفسخ في اخرى هي رواية كتاب الماذون سواء كان من العاقد

اووكيله الاجنبي وجه الاول ان تصرف العاقد اقوى لان النايب يستفيد الولاية منه والتصرف الصادر
عن اصالة اقوى من التصرف الصادر عن نيابة واستشكل بما اذا وكل رجلا اخر بطلاق امراته فطلقاها معا
قالوا وقع طلاق احدهما لا طلاق الموكل عينا ولو كان المرجح الاصيل لتعين طلاقه اجيب بان الوكيل في الطلاق
سفير كالوكيل في النكاح فكانت عبارته عبارته فالصادر من كل منهما عين الصادر من الاخر وجه الثاني ان لا ترجيح
بكونه اصيلا او وكيلا لان الوكيل بعدما استفاد الولاية على الفعل كان مثله فاستويا ثم يترجح بنفس التصرف
والفسخ اقوى لانه يلحق المجاز فيبطله والاجازة لا تلحق المفسوخ فيبرمه قال شمس الايمة الصحيح ما ذكر في المأذون
ثم قالوا الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج هذا الترجيح من مسئلة اختلفا فيها هي ما اذا وكل
غيره ببيع عبده فباع الموكل من رجل والوكيل من اخر فمحمد جعل البيع لمن باع منه الموكل مرجحا تصرفه للاصالة
وابو يوسف لم يعتبر بها على السوا فيجعل العبد مشتركا بينهما ويخير كل منهما لتفرق الصفقة وعيب الشركة وقيل
عند محمد يصح في النصف وينفسخ في النصف اي فيما اذا شرط الخيار لغيره لكن يتخير صاحبه لتفرق الصفقة عليه
قوله ومن باع عبدين بالف على انه بالخيار في احدهما ثلثة ايام فالبيع فاسد الى اخره والمسئلة على
اربعة اوجه في ثلثة البيع فاسد وفي واحدة صحيح احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهي
المذكورة في الجامع الصغير ويمكن ان يكون هو المراد بالكتاب في قوله وهو الوجه الاول المذكور في الكتاب
والاظهر انه يريد به البداية لان الهداية شرحها وفسادها لجهالة المبيع والثمن جميعا وذلك لان الذي
فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كانه خارج عن البيع والبيع انما هو في الاخر وهو مجهول لجهالة
من فيه الخيار ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء وثانيها وهو الوجه الجايز ان يعين
كلا بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمايه على اني بالخيار في هذا لانتفا المفسد من جهالة احد
الامرين فان قيل فان انتفى مفسد الجهالة فقد تحقق مفسد اخر وهو انه جعل قبول العقد في الذي فيه
الخيار وهو غير داخل في الحكم شرطا لانعقاده في الذي ليس فيه الخيار وذلك مفسد كما لو جمع بين حر وعبد
حيث لا يجوز البيع في العبد اجاب عنه المصنف بعد الاشارة الى السوال بقوله وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الاخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه اي من فيه الخيار محلا للبيع
فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف حيث ينعقد البيع بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه
وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له من الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز فكان القبول
شرطا صحيحا بخلاف ما شبه به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال اصلا فلا يدخل في البيع فكان
اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد وفي الجمع بين القن والمدبر في البيع خلاف سياتي ان شاء الله تعالى
في اخر البيع الفاسد وثالثها يفصل ولم يعين الذي فيه الخيار كان يقول البايع بعتك كل واحد من هذين
بخمسمايه على اني بالخيار في احدهما فساده لجهالة المبيع بسبب جهالة من فيه الخيار ورابعها ان يعين الذي
فيه الخيار ولا يفصل الثمن وهو ان يقول بعتك هذين بالف على اني بالخيار في هذا والفساد فيه لجهالة
الثمن لا المبيع وان كان معلوما بتعيين من فيه الخيار الا ان ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية
فان قلت ما الفرق بين هذا الذي لم يعين فيه الثمن وبين ما اذا جمع بين عبدين في البيع بثمن واحد فاذا
احدهما مدبر او مكاتب او جاريتين فاذا احدهما ام ولد حيث يصح البيع في القن بحصته من جملة الثمن مع ان
ثمن كل منهما مجهول الكمية حال العقد ولا نص في المسئلة المذكورة في الكتاب بالحصة اجيب بان مشايخنا

من لم يشتغل بالفرق وقال قياس ما ذكرنا ان لا يجوز العقد في تلك المسايل في القن ويصير ما ذكرنا
رواية في تلك المسايل ومنهم من اشتغل بالفرق وهو الصحيح وهو ان المانع من حكم العقد هنا مقترن بالعقد
لفظا ومعنى فاثر الفساد لان شرط الخيار يمنع الانعقاد في المشروط فيه فيكون كالمعدوم فلم ينعقد فيه
ابتدا فينعقد في الاخر بالحصة ابتدا بخلاف تلك المسايل فان المانع مقترن فيها معنى لا لفظا فيدخل
المدبر ومن معه في البيع لما ذكرنا في محليتهم في الجملة ثم يخرجون بنا على تحقق فهم انفسهم حكما شرعيا لو يتصل
به حكم قاض يسقطه وعلى ما ذكرنا هنا يتفرع ما في فتاوي قاضيخان باع عبدين على انه بالخيار فيهما وقبضهما
المشتري ثم مات احدهما لا يجوز البيع في الباقي وان تراضيا على اجازته لان الاجازة حينئذ بمنزلة ابتداء
العقد في الباقي بالحصة ولو قال البايع في هذه المسئلة نقضت البيع في هذا او في احدهما كان لغوا كانه
لم يتكلم وخياره فيهما باق كما كان كما لو باع عبدا واحدا وشرط الخيار لنفسه فنقض البيع في نصفه **قوله**
ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ الى اخره المراد ان يشتري احد ثوبين او ثلثة غير معين على ان ياخذ ايهما شاء
وهذا خيار التعيين يعني اي الثوبين او الثلثة شاء على انه بالخيار ثلاثة ايام فيما يعينه بعد تعيينه
للبيع اما اذا قال بعتك عبدا من هذين مثلا ولم يذكر قوله على انك بالخيار في ايهما شيت لا يجوز اتفاقا
لقوله بعتك عبدا من عبيدي وان اشترى احد اربعة لا يجوز والقياس ان يفسد البيع في الكل في احد
الاثنين والثلثة كما يفسد في الاربعة وهو اي القياس قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الا
ان شرع الخيار في خيار الشرط للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع
من البيع متحققة لان الانسان قد يحتاج الى راي غيره في اختيار المبيعات وهو ليس بحاضر لعلوه او لتحجبها
خصوصا اذا كانت اهله لا ينبغي ان يتركها تلج الاسواق وتمارس الرجال للشرا فاحتاجت الى ان يرفع اليها
العدد من ذلك النوع لتختار الاوفق ولا يمكنه البايع من حمله اليها الا مبيعا فكان في معنى ما ورد به النص
فيجوز غير ان الحاجة تندفع بالثلث لتحقق الجيد والردي والوسط فيها فيندفع بحمل واحد من كل نوع
من الثلثة فلا تشرع الرخصة في الزايد لان شرع الرخصة للحاجة وقول المصنف والجهالة لا تفضي
الى المنازعة جواب عن تعليل زفر والشافعي بها واظهر جواز هذا البيع للحاجة الى اختيار ما هو الاوفق لمن
يقع الشرا له والارفق حاضرا او غايبا ظاهر انه لا يجوز للبايع بل يختص خيار التعيين بالمشتري لان البايع
لا حاجة له الى اختيار الاوفق والارفق لان المبيع كان معه قبل البيع وهو ادرى بما لايمه منه فيرد جانب
البايع الى القياس ولهذا نص في المجرد على انه لا يجوز في جانب البايع وذكر الكرخي انه يجوز استحسانا لانه بيع
يجوز مع خيار المشتري فيجوز مع خيار البايع قياسا على الشرط وانت عرفت الفرق ثم اختلف المشايخ في انه هل
من شرط جواز هذا البيع اعني البيع الذي فيه خيار التعيين ان يكون فيه خيار الشرط كما قدمناه في الصورة
قيل نعم كما هو المذكور في الجامع الصغير تصويرا على ما ذكرناه ونسبه قاضيخان الى اكثر المشايخ
وقال شمس الايمة في جامعه هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير وغيره والمذكور
في الجامع الصغير من الصورة وقع اتفاقا لا قيدا وصححه فخر الاسلام وقال الصحيح عندنا انه ليس بشرط وهو
قول ابن شجاع وجه الاشتراط وهو قول الكرخي ان القياس يابي جواز هذا العقد لجهالة المبيع وقت
لزوم العقد وانما جاز استحسانا بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه ولا يخفى ضعف هذا الكلام
لانه يقتضي ان شرط الالحاق بالدلالة ان يكون في محل الصورة الملحقة الصورة الثابتة بالعبارة وكان

يلزم ان لايصح البيع بخيار النقد الا في بيع فيه خيار الشرط لان صحة البيع على انه ان لم ينقد الى ثلاثة ايام
فلا بيع مما ثبت بدلالة نص خيار الشرط ولا يعلم اشتراط ذلك غير انهما ان تراضيا على خيار الشرط مع خيار
التعيين ثبت حكمه وهو جواز ان يرد كلا من الثوبين الى ثلثة ايام ولو بعد تعيين الثوب الذي فيه البيع
لان حاصل التعيين في هذا البيع الذي فيه شرط الخيار انه عين المبيع الذي فيه الخيار لا انه يسقط خيار
ولو رد احدهما كان بخيار التعيين ويثبت البيع في الاخر بشرط الخيار ولو مضت الثلثة قبل رد شيء وتعيينه
بطل خيار الشرط وانبرم البيع في احدهما وعليه ان يعين ولو مات المشتري قبل الثلثة تم بيع احدهما
وعلى الوارث التعيين لان خيار الشرط لا يورث والتعيين ينتقل الى الوارث ليميز ملكه من ملك غيره على ما
ذكرنا ولهذا لا يتوقف في حق الوارث كما ذكره المصنف لانه صار بمنزلة الشريك المختلط ماله بمال غيره
فما لم يطلب شريكه القسمة لم يتعين عليه ولا يفوت وقته وان لم يتراضيا على خيار الشرط معه لابد من توقيت
خيار التعيين بالثلثة عند ابي حنيفة رحمه الله كما في خيار الشرط لانه اصله وعندهما اي مدة تراضيا
عليها بعد كونها معلومة وعلى هذا اعجب انه اذا كان فيه خيار الشرط فمضت المدة حتى انبرم في احدهما لزم
التعيين ان يتقيد التعيين بثلثة من ذلك الوقت وحينئذ فاطلاق الطحاوي في قوله خيار الشرط موقت بالثلث
في قوله غير موقت بها عندهما وخيار التمييز موقت فيه نظر وقد طولب بالفرق على قول ابي يوسف حيث
قصر المدة على الثلاثة في خيار النقد اخذا بالقياس ولم يقتصر في خيار التعيين عليها **اجيب** بان في خيار
النقد تعليقا صريحا باداة الشرط فلا يكون الوارد في خيار الشرط واردا فيه بخلاف خيار التعيين ليس فيه
صريح التعليق فكان في معنا. وهذا يوجب ان اخذه في خيار النقد في الثلثة باثر ابن عمر فيه ونفي
الزايد بالقياس واثر ابن عمر نقله الفقيه ابو الليث في شرح الجامع عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك
عن ابن جريج عن سلمان بن ابي البرصا قال بعت من عبد الله بن عمر جارية على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام
فلا بيع بيننا فاجاز ابن عمر هذا البيع ولم يرو عن احد من الصحابة خلافه الا انه لا يطابق قول المصنف
في مسئلة خيار النقد فيما تقدم لامتناع الرد بالعيب فابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي
هذا بالقياس **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزمه البيع فيه بثمنه وتعين الاخر للامانة علله
المصنف بامتناع الرد بالعيب فيعرف منه ان هذا اذا كان بعد ان قبضهما لامتناع رده بسبب العيب الذي
حدث فيه عنده وتقدم ان الهلاك لا يعرى عن عيب فلو هلك الاخر بعده هلك بغير شيء لانه تعين امانة
اما لو هلك احدهما قبل القبض او تعيب فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بثمنه وان شاء
ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع ولو هلكا معا بعد القبض لزمه نصف ثمن كل واحد منهما
لشيوع البيع والامانة فليس احدهما اولى بكونه المبيع من الاخر وكذا اذا هلكا على التعاقب ولم يدر
السابق منهما واثر هذا انما يظهر اذا كان ثمنهما متفاوت الكمية فان كانا متفقين فلا وكذا اذا هلكا
على التعاقب فاختلفا في الهالك اولا فادعى البايع انه اكثرهما ثمنا وقال المشتري الاقل فالقول قول
المشتري مع يمينه على ما استقر عليه قول ابي يوسف ومحمد وكان ابو يوسف يقول اولا يتحالفان فايهما
نكل لزمه دعوى الاخر وان حلفا جعل كانهما هلكا معا ثم رجع الى ما ذكرنا من قول محمد وايهما بين قبل
فان اقاماها تقضى ببينة البايع لاثباتها الزيادة ولو تعيبا معا بطل خيار الشرط وامتنع عليه ردهما
وخيار التعيين على حاله فيمسك ايهما شاء بثمنه ويرد الاخر ولا يغرم من قيمة عيب المردود شيا [illegible]

لان العيب محل لابتداء البيع ايضا بخلاف الهالك ليس محلا لابتدائه فليس محلا لتعيينه ولو كان البيع فاسدا
فقبضهما فاحدهما مضمون عليه بالقيمة والاخر امانة ولو ماتا جميعا ضمن نصف قيمة كل منهما بخلاف البيع
الصحيح يضمن نصف ثمن كل **فان قيل** من اين تعين المعيب للبيع دون الامانة واحدهما على التعيين مبيع كان
احدهما لا على التعيين امانة وامتناع الرد للعيب المعلل به فرع اعتبار انه هو المبيع وفيه التحكم اذ
اعتبار انه المبيع ليس باولى من اعتباره الامانة **اجيب** بان اعتباره المبيع عمل بالدليل الحادث وهو
البيع فانه سبب لايجاب الضمان ذكره القاضي عبد الغني في مختلفاته واما عدم الضمان على الامين
فباستصحاب الحال فان قيل فلم لم يضمن الاخر اذا هلك ثانيا باعتبار انه مقبوض على سوم الشرا الجواب
بمنع انه كذلك بل المقبوض كل منهما على حقيقة الشرا الا احدهما وليس هنا شيء على سوم الشرا لان ما على
سوم الشراء لا يتجزى فيه عقد بل تعين الثمن فقط وهنا تنجز تمام العقد فلزم بالضرورة ان قبض العينين
على ان احدهما بعينه مبيعا واحدهما بعينه امانة فاذا فرض وجود ما يعين المبيع منهما من الاسباب
تعين الاخر للامانة **فان قيل** لاي شيء العكس حكم طلاق احدى الزوجتين وعتق احد العبدين هنا حيث
يتعين للطلاق والعتاق الباقي لا الهالك وهنا يتعين الهالك للبيع **اجاب** على القمي بانه لا فرق في الحاصل
لان الهالك يهلك على ملكه في المسايل كلها غير انه اذا هلك كل من الزوج والعبد على ملكه تعين الباقي
بالضرورة للطلاق والعتاق فاذا هلك العبد هنا على ملكه تعين الباقي للامانة وانت تعلم ان حقيقة
السؤال انه لاي شيء جعل الهالك هنا هو المحل للتصرف دون الباقي وهناك جعل المحل للتصرف في الباقي
دون الهالك مع ان التصرف في الكل لاقى الاحد الدائر بين المعينات فلا بد من الفرق وهو ان العبد هنا
لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد بالوجه الذي قلنا من المختلفات فتعين العقد فيه بتعين
الباقي للضرورة وحين اشرفت الزوجة والعبد على الهلاك لم يخرجا عن كونهما محلا للطلاق والعتاق وقوع
التصرف فتعين الباقي لما ضرورة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة على انه بالخيار ثلاثة
ايام فهلك احدهما فانه يمتنع عليه رد الاخر لان العقد تناولهما جميعا حتى ملك اتمام العقد فيهما فاذا
تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الاخر لما فيه من تفريق الصفقة على البايع قبل التمام وهنا العقد
ما تناول الا احدهما حتى لا يملك اتمام العقد فيهما **قوله** ومن اشترى دارا على انه بالخيار ثلاثة ايام او اقل
او اكثر عندهما فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضي بالبيع فيسقط خياره واستفدنا من هذا
ان من اشترى دارا بالخيار له ان يشفع لها فيما يباع بجنبها لان له الاجازة والرضي والشفعة بها رضي بها لانها
تدل على اختياره للملك فيما يشفع به لانه اي الشان ما ثبتت الشفعة الا لدفع ضرر الجوار وذلك اي ضرر
الجوار يحصل باستدامة الملك فحيث شفع دل على انه مستديم للملك فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه
فيثبت الملك من وقت الشرا فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقدير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة
خاصة لانه القايل بان المشتري بالخيار للمشتري لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع لها وقد كان
يشفع لها فاحتاج الى جعله فعلا مفيدا الرضي بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون
سابقا على شراء ما فيه الشفعة اما على قولهما فلا حاجة لانهما قايلان بان المشتري بالخيار ملكها فصحة الشفعة
بها والوجه انهما ايضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو متزلزل
والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك

وفي المبسوط على تقدير انه لم يملكها على قول ابي حنيفة وعدم هذا التقرير كان لانه صار احق بالتصرف
فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب فانهما يستحقان الشفعة
وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع فالمشتري هنا لم يصر احق بالتصرف فيها ولو اعتبر
الماذون والمكاتب كالوكيل عن السيد في الحال كان حسنا ورجع الاخذ بالشفعة الى سبب الملك هذا ولو
كان خيار رؤية كان له ان يشفع في الدار المبيعة الى جانبها ولا يسقط به خيار الرؤية حتى اذا راها كان له
ان يردها بعدما شفع بها وسياتي انه لو اسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها
عدم حقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية انه اذا راها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ
بالشفعة **قوله** واذا اشترى الرجلان عبدا مثلا على انهما بالخيار فرضي احدهما بالبيع بطل خيار الاخر
فليس له ان يرده عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب والرؤية
بان اشترى الرجلان شيا فاطلعا على عيب فرضي به احدهما دون الاخر لم يكن للآخر رده عنده وعندهما
له ذلك او اشترياه ولم يرياه فعند الرؤية رضي احدهما دون الاخر لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته
لكل منهما فلا يسقط حقه باسقاط صاحبه حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده
احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زايد فان البايع كان بحيث ينتفع به متى شاء كيف شاء فصار
بحيث لا يقدر على ذلك الا بطريق المهاياة والخيار ما شرع لدفع الضرر عن احدهما بالحاق الضرر بالاخر
فان قيل هذا الضرر حصل في ملك البايع قلنا ممنوع لانه بعد خروجه عن ملكه فان خيار المشتري
يخرج المبيع من ملك البايع فان قيل لما شرط الخيار لهما فقد رضي بهذا العيب اجيب انه انما رضي به
في ملكهما فان قيل بل رضي به مطلقا لان الخيار معلوم انه قد يكون عنه فسخ وقد يكون عنه ابرام
فشرطه رضي بكل من الامرين اجاب عنه المصنف بقوله وليس من ضرورته الى آخره يعني لا يلزم
من كونه شرطه لهما ان يكون راضيا بفسخ احدهما لجواز كونه لرضاه بفسخهما فاذا جاز هذا كان هو الظاهر
اذ الظاهر ان التصرف من العاقل اذا احتمل كلا من امرين في احدهما ضرر دون الاخر انه انما اراد
المحتمل الذي لا ضرر فيه لان الظاهر بل اللازم عدم قصد العاقل الى ما يضره بلا فائدة **قوله** ومن
باع عبدا على انه خباز او كاتب اي حرفته ذلك فكان بخلاف ذلك فالمشتري بالخيار ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء تركه ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن ملك العين
وهذا الشرط حاصله شرط وصف مرغوب فيه في المبيع ولو كان موجودا فيه دخل في العقد وكان
من مقتضياته فكان شرطه اذا لم يكن فيه ضرر صحيحا فالاصل في اشتراط الاوصاف ان ما كان وصفا لا
غرر فيه فهو جايز وما فيه غرر لا يجوز الا ان يكون اشتراطه بمعنى البراءة من وجوده وهو ما ليس مرغوبا
فيه فعلى هذا يتفرع ما لو باع ناقة او شاة على انها حامل او تحلب كذا فالبيع فاسد عندنا خلافا
للشافعي على الاصح عنده لانه شرط زيادة مجهولة لعدم العلم بها حتى لو شرط انها حلوب جاز كما اذا شرط
في الفرس انه هملاج وفي الكلب انه صايد بحيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا او انثى وشرط كون الثمن
مكفلا به اما لو اشترى جارية على انها حامل فاختلف المشايخ فيه قيل لا يجوز كالناقة والشاة وقيل
يجوز لان الحبل في الجواري عيب بخلاف البهايم فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب وقيل ان اشتراها
ليتخذها ظيرا فشرط انها حامل يعني ذكر غرضه ذلك للبايع فالبيع فاسد لانه شرط زيادة مجهولة في

وجودها غرر فكانت كالناقة وان لم يرد ذلك جاز حملا لقصد البراءة من عيب الحبل ومنه لو اشتراه
على انه معيب فوجده سليما صح وكان له هذا ومذهب الحسن عن ابي حنيفة في شرط الحمل في البقرة والجارية
انه يجوز وروى ابن سماعة عن محمد في اشتراط انها حلوبة لا يجوز لان المشروط هنا اصل من وجه وهو اللبن
قال محمد في مسئلتنا فان قبضه المشتري ووجده كاتبا او خبازا على ادنى ما ينطلق عليه الاسم لا يكون
له حق الرد ومعناه ان يوجد منه ادنى ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز اعني الاسم الذي يشعر بالحرفة
فلو فعل من ذلك ما ليس كذلك كان له حق الرد بان يكتب شيا يسيرا ناقصا في الوضع او يخبز قدر ما
يدفع عنه الهلاك باكله واذا لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب رجع المشتري على البايع
بحصته من الثمن بان يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت وعن ابي حنيفة لا يرجع بشيء لان ثبوت
الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البايع فكذا هذا
والصحيح ما في ظاهر الرواية وبه قال الشافعي لان البايع عجز عن تسليمه وصف السلامة كما في العيب ولو
اختلف المشتري والبايع بعد مدة فقال المشتري لم اجده كاتبا وقال البايع سلمته اليك كاتبا ولكنه
نسي عندك والمدة يحتملها انه ينسى في مثلها فالقول للمشتري والاصل هنا ان القول لمن تمسك بالاصل
وان العدم في الصفات العارضة اصل والوجود في الصفات الاصلية اصل وشهادة النسا بانفرادهن
فيما لا يطلع عليه الرجال حجة اذا تايدت بمؤيد وان لم تتايد تعتبر في ثبوت توجه الخصومة لا
في الزام الخصم اذا عرف هذا فاذا اختلفا قبل القبض او بعده فقال المشتري ليس بهذا الوصف
وقال البايع هو بهذا الوصف للحال يومر بالخبز والكتابة فان فعل ما ينطلق عليه الاسم على ما ذكرنا
لزم المشتري والا يرد ولا يعتبر قول العبد في ذلك وان قال البايع سلمته بهما ونسي عندك والمدة تحتمل
ذلك والمشتري ينكر ذلك فالقول قول المشتري ويرده لان الاصل عدم هذه الصفة وان لم يكن قبضه
لم يجبر على قبضه ودفع الثمن حتى تعرف هذه الصفة ولو اشترى جارية على انها بكر ثم اختلفا قبل القبض
او بعده فقال البايع بكر للحال والمشتري ثيب فان القاضي يريها النسا فان قلن بكر لزم المشتري
بلا يمين البايع لان شهادتهن تايدت هنا بمؤيد لان الاصل البكارة وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ بشهادتهن
لان الفسخ حق قوي وشهادتهن حجة ضعيفة لم تتايد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ليتوجه اليمين على البايع
اذ لا بد للمشتري من الدعوى والخصومة والخصومة حق ضعيف لانها ليست مقصودة لذاتها فجاز ان
يثبت بشهادتهن فيحلف البايع بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبض يحلف بالله لقد بعتها
وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري وروي عن ابي يوسف ومحمد في رواية انها ترد
بشهادتهن قبل القبض بلا يمين من البايع وان لم يكن عند القاضي من النساء من يثق بهن لا يحلف البايع لان
العيب لم يثبت للحال فلا يثبت حق الخصومة فلا يتوجه اليمين على البايع فتلزم الجارية على المشتري
الى ان يحضر من النساء من يوثق بهن ولو قال بعتها وسلمتها اليك وهي بكر وزالت في يدك فالقول قوله
لان الاصل هي البكارة ولا يريها القاضي النسا لان البايع مقر بزوال البكارة وانما يقول زالت في يدك
واعلم انه اذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه فتارة يكون البيع فاسدا وتارة يستمر على الصحة
ويثبت للمشتري الخيار وتارة يستمر صحيحا ولا خيار للمشتري وهو ما اذا وجده خيرا مما شرط وضابطه
ان كان المبيع من جنس المسمى ففيه الخيار والثياب اجناس اعني الهروي والاسكندري والمروي والكتان والقطن

دهن

والذكر مع الانثى في بني ادم جنسان وفي ساير الحيوانات جنس واحد والضابط فحش التفاوت في
الاغراض وعدمه فاذا اشترى ثوبا على انه اسكندري فوجده بلديا او هندي فوجده مرويا او كان
فوجده قطنا او ابيض مصبوغ بعصفر فاذا هو بزعفران او دارا على ان بناها آجر فاذا هو لبن او على ان
لا بناء ولا نخل فيها فاذا بها بناء او نخل او ارضا على ان جميع اشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة او على
انه عبد فاذا هو جارية او فص على انه ياقوت فاذا هو زجاج فهو فاسد في جميع ذلك ولو اشترى
جارية على انها مولدة الكوفة فاذا هي مولدة بغداد او غلام على انه تاجر او كاتب فاذا هو لا يحسنه
او على انه فحل فاذا هو خصي او عكسه او انها بغلة فاذا هو بغل او ناقة فكان جملا او لحم معز فكان
لحم ضان او على عكسه ونحو ذلك فله الخيار ولو اشترى على انه بغل فوجده بغلة او حمارا او بعيرا فاذا
هو اتان او ناقة او جارية على انها رتقا او حبلى او ثيب فاذا هي بخلافه جاز ولا خيار له لانه صفة
افضل من المشروطه وينبغي في مسئلة البعير والناقة ان يكون في العرب واهل البوادي الذين يطلبون
الدر والنسل اما اهل المدن والمكارية فالبعير افضل ولو باع دارا بما فيها من الجذوع والخشب
والابواب والنخيل فاذا ليس فيها شي من ذلك لا خيار للمشتري والله سبحانه وتعالى اعلم

باب خيار الرؤية

قدمه على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من
قبيل اضافة الشي الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار
عند الرؤية قوله ومن اشترى شيا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا راه ان شاء اخذه بجميع الثمن
وان شاء رده سواء راه على الصفة التي وصفت له او على خلافها مثل ان يشتري جرابا فيه اثواب هروية
او زيتا في زق او حنطة في غرارة من غير ان يري شيا ومنه ان يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا او
ثوبا في كمي صفته كذا او هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة له الخيار اذا راي شيا من ذلك وفي المبسوط
الاشارة اليه او الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع انتهى لكن اطلاق
الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمي جنس المبيع اولا وسواء اشار الى مكانه او اليه وهو حاضر مستورا
ولا مثل ان يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ قالوا اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة
قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر ان المراد بالاطلاق ما ذكره شمس الائمة وغيره كصاحب
الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز ما لم يعلم جنسه اصلا كان يقول بعتك شيا بعشرة وقول المصنف
وقال الشافعي لا يجوز العقد اصلا هو فيما لم يسم جنسه قولا واحدا انه لا يجوز واما فيما سمي جنسه وصفته
على ما نقل في شرح الوجيز والحلية انه يجوز على القديم قوله وعلى قوله الجديد لا يجوز وعن مالك واحمد
مثل قولنا واختاره كثير من اصحاب الشافعية منهم القفال وهو قول عثمان بن عفان وطلحة رضي الله
عنهما وذكر المصنف في وجه قوله ان المبيع مجهول مقصورا عليه يعني وكلما كان كذلك لا يجوز بيعه لنهيه
صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر ونهيه عن بيع ما ليس عند الانسان وما ذلك الا للجهالة قلنا اما
النهي عن بيع ما ليس عندك فالمراد ما ليس في الملك اتفاقا لا ما ليس في حضرتك ونحن شرطنا في هذا
البيع كون المبيع مملوكا للبايع فقضينا عهدته واما بيع الغرر فلفظه يفيد انه غير وذلك ليس الا
بان يظهر له ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغرورا وذلك فيظهر له خلافه فيتضرر به وكيف كان

فلا شك بعد القطع ونحن نقطع بان النهي عن ذلك لما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار اذا راه فاما اذا اثبتنا
له الخيار اذا راه فلا ضرر فيه اصلا بل فيه محض مصلحة وهو ادراك حاجة كل من البايع والمشتري فانه لو كان له
به حاجة وهو غايب واوقفت جواز البيع على حضوره ورؤيته وربما تفوت بان يذهب فيساومه فيه آخر
راه فيشتريه منه فكان في الشرع هذا البيع على الوجه الذي ذكرنا من اثبات الخيار عنده فيه محض مصلحة
لكل من العاقدين من غير لحوق شي من الضرر فاني يثبت وله النهي عن بيع الغرر والاحكام لم تشرع الا لمصالح
العباد قطعا فكان مشروعا قطعا فوجب ان يحمل الحديث على البيع البات الذي لا خيار فيه لانه هو الذي
يوجب ضرر المشتري والنهي قطعا ليس الا لذلك فظهر ان كلا من الحديثين لم ينف ما اجزناه فكان نفيه
قولا بلا دليل وكفانا في اثباته المعنى وهو انه مال معقود التسليم لا ضرر في بيعه على الوجه المذكور فكان
جايزا ويبقى الحديث الذي ذكره المصنف زيادة في الخبر وهو ما رواه ابن ابي شيبة والبيهقي مرسلا
ثنا اسمعيل بن عياش عن ابي بكر بن عبد الله بن ابي مريم عن مكحول رفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم من اشترى
شيا لم يره فله الخيار اذا راه ان شاء اخذه وان شاء تركه والمرسل حجة عند اكثر اهل العلم وتضعيف ابن ابي
مريم بجهالة عدالته لا ينبغي علم غير المضعفين وقد روى هذا الحديث ايضا الحسن البصري وسلمة بن
المحبق وابن سيرين وهو راي ابن سيرين ايضا وعمل به مالك واحمد وهو ممن نقل عنه تضعيف ابن ابي مريم
فدل قبول العلما على ثبوته والحق ان عمل من ضعف ابن ابي مريم على وفق حديثه ينبني على ان العمل على وفق الحديث
هل هو تصحيح له وهي مسئلة مختلفة بين الاصوليين والمختار لا ما لم يعلم انه عمله عن الحديث وقد روي
الحديث ايضا مرفوعا رواه ابو حنيفة عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن ابي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم
من اشترى شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه ورواه الدارقطني من طريق ابي حنيفة الا ان في طريقه الى ابي حنيفة
عمر بن ابراهيم الكردي نسب الى وضع الحديث هذا ولا يبعد كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود
فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من افراد المعنى المجازي ولهذا
الوجود مسايل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما يعرف بالشم كمسك اشتراه وهو يراه
فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو راى شيا ثم اشتراه فوجده
متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الان وكذا شرا الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فاقيم
فيه الوصف مقام الرؤية وقول المصنف فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه يعني فيما لو اشترى
ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار
لانه لا خيار في المشبه به اعني الثوب وهو بنا على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الغايب مجرد علم
الوصف وقوله وكذا اذا قال رضيت الى اخره اي وكذا له الخيار اذا راه يعني اذا قال رضيت كاينا
ما كان قبل الرؤية ثم راه له ان يرده لان ثبوت الخيار معلق في النص بالرؤية حيث قال فهو بالخيار اذا راه
والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت وقوله وحق الفسخ الى اخره جواب عن
مقدر هو طلب الفرق بين الفسخ والاجازة قبل الرؤية فانه اذا اجاز قبلها لا يلزم واذا فسخ قبلها لزم
مع استوا نسبة التصرفين في تعلقهما بالشرط في الحديث لا وجود للمعلق قبل الشرط وحاصل الجواب ان
المعلق بالشرط هو عدم قبل وجوده اذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط فان الشي قد يثبت باسباب كثيرة
فالحديث لما علق الخيار بالرؤية يثبت به تعليق كل من الاجازة والفسخ بها لان معنى الخيار ان له ان يجيز وان

ينفسخ ثم لم يثبت الاجارة سبب اخر فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية بخلاف خيار العيب سببه وهو
العيب كان قبل الرؤية فاذا قال رضيت قبل الرؤية سقط خياره اذا اطلع عليه لرضاه بالعيب قبل ذلك
واما الفسخ فثبت له سبب اخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري وما كان غير لازم عليه له ان يفسخه
بالضرورة كالعارية والوديعة والا فهو لازم وقد فرض غير لازم هذا خلف وقد سلك المصنف رحمه الله
مسلك الطحاوي في عدم نقل خلاف في جواز الرد قبل الرؤية ونقل في التحفة فيه اختلاف المشايخ منهم
من منع وانه لا رواية فيه وأما قول المصنف ولان الرضى بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية فلو تم لزم ان لا يصح البيع بشرط البراءة من العيوب لان حاصله الرضى بالمبيع قبل رؤية العيب
ثم لن يمنع الفسخ قبل الرؤية ان يمنع وجود سبب اخر غير الرؤية وقولكم عدم اللزوم سبب اخر قبل الرؤية قلنا
نمنع تحقق عدم اللزوم بل نقول قبل الرؤية البيع بات فليس له فسخه فان الشارع علق اثبات قدرة الفسخ والاجازة
التي هي الخيار بالرؤية فقبله يثبت حكم السبب وهو اللزوم الى غاية الرؤية ثم يرفعها عندها فتثبت قدرة
الفسخ والاجازة معا واعلم ان خيار الرؤية يثبت في اربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة
والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا انه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في
الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان البيع اناء من احد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل
منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت
اعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما
يقابلها من القيمة فلو كان له ان يرده كان له ان يرده ابدا وليس للبائع ان يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط
خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضى بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن بشرط
علم البائع عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط **قوله** ومن باع ما لم
يره بان ورث عينا من الاعيان في بلدة اخرى فباعها قبل ان يراها فلا خيار له وكان ابو حنيفة رحمه الله
يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب فانه يثبت للبائع حتى جاز ان يرد الثمن بالزيافة وخيار الشرط فانه
يجوز لهما ولو اقتصر على خيار العيب كان اقرب لان ثبوته في العيب معقول لاحتباس ما هو بعض المبيع عند البائع
فكان سبيل من ترك حقه او اخذه باخذ الثمن ورد المبيع بخلاف خيار الشرط وفي عدم الرؤية لتحصيل شرط البيع
وهو العلم التام بالمبيع غير انه جوز متاخرا للمصلحة التي ذكرناها ثم تقرير المصنف حيث قال وهذا لان لزوم
العقد بتمام الرضى زوالا لا يعني في حق البائع وثبوتا في حق المشتري ولا يتحقق ذلك اي تمام الرضى الا
بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فحاصله انه قياس بجامع عدم الرضى بالبيع على الثبات وهو تعليل بالعدم
وحاصله ان ثبوت الخيار لعدم تمام الرضى باحكام العقد فكذا هنا ويرد عليه ان حكم الاصل اعني
خيار الشرط متوقف شرعا على تراضيهما فقياسه ان يكون هكذا يثبت الخيار بتراضيهما لا اذا سكتا عنه فيلزم
حينئذ فكذا هنا وليس الواقع هذا لظهور اختلاف حكم الاصل والفرع ولو لم تختلفا فالاصل معدول
عن القياس فلا يقاس عليه فلما حق له ان يرجع وذكر للرجوع اليه وجهين احدهما انه معلق بالشرا لما روينا
فلا يثبت دونه ولا يخفى انه نفي الحكم بمفهوم الشرط اذ حاصله انتفاء الحكم لانتفاء الشرط والثاني
ما اخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن ابي وقاص ان طلحة رضي الله عنه اشترى من عثمن بن عفان رضي الله عنه
ما لا فقيل لعثمان انك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لاني بعت ما لم اره وقال طلحة رضي الله عنه لي

الخيار لاني اشتريت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم رضي الله عنهم فقضى ان الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان
والظاهر ان مثل هذا يكون بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم لان قضية تجري فيها التخالف بين رجلين
كبيرين ثم انهما حكما غيرهما فيها فان الغالب على الظن شهرتها وانتشار خبرها فحين حكم جبير بذلك ولم يرد
عن احد خلافه كان اجماعا سكوتيا ظاهرا **قوله** ثم خيار الرؤية غير موقت بوقت خلافا لما ذهب اليه
بعض المشايخ من انه موقت بعد الرؤية بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ فاذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ
بطل خياره ولزم البيع فيه والمختار انه لا يتوقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله ويبطله ما يبطل خيار الشرط
من تعيب بعد الرؤية او تصرف يبطل خيار الرؤية بقيد تفصيل نذكره في التصرف لا مطلقا فلذا وصله
بقوله ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه للتصرف كالاعتاق للعبد الذي اشتراه ولم يره وتدبيره او تصرفا
يوجب حقا للغير كالبيع ولو بشرط الخيار للمشتري لخلوص الحق فيه للمشتري وقوله كالبيع المطلق انما يريد
به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه لا يخرج عن ملكه وكالهبة مع التسليم والرهن والاجارة تبطل
خيار الرؤية سواء وجدت بعد الرؤية او قبلها لان هذه الحقوق مانعة من الفسخ واذا امتنع الفسخ
شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا
بما اذا لم يوجب موجب شرعي عدمه اذا رآه وحاصله تقييد بمخصص بالعقل وان كان تصرفا لا يوجب حقا
للغير كالبيع بشرط الخيار للبائع والمساومة بالمبيع وهبته بلا تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لو ابطل
الخيار كان باعتبار دلالته على الرضى وصريح الرضى قبل الرؤية لا يبطل الخيار فبدلالته اولى ويبطله
بعد الرؤية لوجود دلالة الرضى ولما كان قوله وما يبطل خيار الشرط يبطله مقيدا بالتفصيل المذكور سقط
الاعتراض بالاخذ بالشفعة وبالعرض على البيع فانهما اذا وجدا من المشتري الذي له خيار الشرط يبطل خياره
ولا يبطل بهما خيار الرؤية بل له ان ياخذ بالشفعة ثم يرد الدار عند الرؤية لما ذكرنا من ان دلالة الرضى
لا تعمل في اسقاط خيار الرؤية قبل الرؤية ثم في التصرف الذي تعلق فيه حق الغير لو عاد الى ملكه برد بقضاء
او بفك الرهن او فسخ الاجارة قبل الرؤية ثم رآه لا خيار له لانه سقط فلا يعود الا بسبب جديد الا في رواية
عن ابي يوسف وثبوت الخيار له بظاهر النص لتقدم وجوب تخصيصه فكانت هذه الرؤية الكاينة بعد
العود من محال التخصيص ومما يسقط خيار الرؤية ان يقبضه اذا رآه لدلالة القبض بعد الرؤية على الرضى
به **قوله** ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب مطويا او الى وجه الجارية الى اخره والاصل
في هذا ان رؤية جميع اجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا
والا لجاز ان ينظر الى عورة العبد والامة التي يريدان يشتريهما ولزم في صحة بيع الصبرة النظر الى
كل حبة حبة منها ولا قايل بذلك فيكتفي برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئي تبعا للمرئي
فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف هذا انبنى عليه ان من نظر الى وجه الجارية او العبد
ثم اشتراه فراى الباقي فلا خيار له فليس له رده بخيار الرؤية بخلاف ما لو راى بطنهما او ظهرهما وسائر
اعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا راى وجههما لان ساير الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا
تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوي ساير الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه
والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منهما وهو المروي عن ابي يوسف
وقيل لا يسقط ما لم ير قوايمها ونقل صاحب الاجناس عن محمد عن ابي حنيفة في الدابة اذا راى عنقها او عجزها

او شاتها اوجبهتها اوصدرها ليس له خيار الرؤية وان راي حوافرها او ناصيتها فله الخيار وعن محمد يكفي
الوجه اعتبارا بالعبد وفي رواية المعلي عن ابي حنيفة يعتبر في الدواب عرف التجار وفي شاة اللحم لابد من
الجس باليد فلا يكتفي بالرؤية ما لم يجسها لان المقصود اللحم وفي شاة القنية لابد من رؤية الضرع
وفيما يطعم لابد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود فلا يسقط الخيار بدون ذلك وكذا اذا راي
وجه الثوب مطويا لان البادي يعرف ما في الطي فلو شرط فتحه لتضرر البايع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته
وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا ان يكون له وجهان فلابد من رؤية كلا الوجهين او يكون في طيه ما يقصد
بالرؤية كالعلم ثم قيل هذا في عرفهم اما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن
والظاهر في الثياب وهو قول زفر • وفي المبسوط الجواب على قول زفر وفي البساط لابد من رؤية جميعه
ولو نظر الي ظهور المكاعب لا يبطل خياره ولو نظر الي وجهها دون الصرم يبطل قيل وينبغي ان ينظر الي
الصرم في زماننا لتفاوته وكونه مقصودا • وفي الجبة لا يبطل خياره برؤية باطنها ويبطل برؤية ظاهرها
الا اذا كانت البطانة مقصودة بان كان بها فرو واما الوسادة المحشوة اذا راي ظاهرها فان كانت محشوة مما
تحشي به مثلها يبطل خياره وان كان مما لا تحشي به مثلها فله الخيار هذا اذا كان المبيع واحدا فان دخل في البيع
اشيا فان كانت الاحاد لا تتفاوت كالمكيل والموزون وعلامته اي علامة ما لا تتفاوت احاده ان يعرض
بالنموذج فيكتفي برؤية واحد منها في سقوط الخيار الا اذا كان الباقي اردي مما راي فحينئذ يكون له الخيار
يعني خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع • وفي الكافي اذا كان اردي له الخيار لانه انما رضي بالصفة
التي راها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد انه خيار الرؤية وهو مقتضي سوق كلام المصنف والتحقيق انه في
بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقي يوصله الي حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف
لا يوصله الي اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشتري ما لم يره فلم يقبضه حتي ذكر له البايع به
عيبا ثم راه المبيع في الحال وان كانت احاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد فلابد من رؤية كل واحد
لكن علي الوجه الذي ذكرنا اعني رؤية ما هو المقصود من كل واحد والجوز والبيض من هذا القبيل ما
ذكر الكرخي قال المصنف وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة وبه صرح في المحيط
وفي المجرد هو الاصح ثم السقوط برؤية البعض في المكيل اذا كان في وعا واحد اما اذا كان في وعاءين
او اكثر اختلفوا فمشايخ العراق علي ان رؤية احدهما كرؤية الكل ومشايخ بلخ لا يكتفي بل لابد من رؤية كل وعاء
والصحيح انه يبطل برؤية البعض لانه يعرف حال الباقي هذا اذا ظهر له ان ما في الوعا الاخر مثله او اجود
اما اذا كان اردا فهو علي خياره وان كان مما تتفاوت احاده كالبطاطيخ والرمان فلا يكفي رؤية بعضها في
سقوط خياره في الباقي ولو قال رضيت واسقطت خياري وفي شرا الرحا لابد من رؤية الكل وكذا
السرج باداته ولبده لابد من رؤية الكل **قوله** وان راي صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها وكذا
اذا راي خارج الدار وراي اشجار البستان من خارج لان النظر الي جميع اجزائها متعذر اذ لا يمكن النظر الي ما
تحت السرر والي ما بين الحيطان من الجذوع فيكتفي برؤية المقصود منها وعند زفر لابد من دخول البيوت
والاصح ان جواب الكتاب علي وفق عادتهم في الابنية في الكوفة فان دورهم لم تكن متفاوتة فاما في ديارنا فلا
بد من الدخول داخل الدار كما قال زفر لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها فلا يصير معلوما بالنظر
معها وهو الصحيح وهذا لا يفيد الا ان يقال وكل من ذلك مقصود وعلي هذا ما ذكر من انه لا يشترط رؤية

العلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في سمرقند ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة علي خلاف بلادنا بديار
مصر وشرط بعضهم رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه كما قال الشافعي وهو المعتبر في ديار مصر والشام والعراق
واما ما ذكر في الاشجار من الاكتفاء برؤية روس الاشجار ورؤية خارجه فقد انكر بعض المشايخ هذه الرواية
وقال المقصود من البستان باطنه فلا يكتفي برؤية ظاهره وفي جامع قاضيخان لا يكتفي برؤية الخارج
وروس الاشجار انتهي • وفي الكرم لابد من رؤية عنب الكرم من كل نوع شيا وفي الرمان لابد من رؤية الحلو
والحامض ولو اشتري دهنا في زجاجة فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتي يصبه في كفه عند ابي حنيفة
لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحايل وعن محمد يكفي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروي هشام ان قول
محمد سوا فق لقول ابي حنيفة • وفي التحفة لو نظر في المراة فراي المبيع قالوا لا يسقط خياره لانه ما راي عينه
بل مثاله ولو اشتري سمكا في الما يمكن اخذه من غير اصطياد فراه في الما قال بعضهم يسقط خياره لانه راي
عين المبيع وقال بعضهم لا يسقط وهو الصحيح لان المبيع لا يري في الما علي حاله بل يري اكبر مما هو فهذه
الرؤية لا تعرف المبيع واما اذا كان المبيع مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها لم يذكر
في ظاهر الرواية • وروي بشر عن ابي يوسف ان كان شيا يكال او يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران
والسلجم ان باعه بعد ما نبت نباتا يفهم به وجوده تحت الارض جاز البيع فان قلع البعض هل يثبت له الخيار
حتي اذا رضي به يلزم البيع في الكل ان قلع البايع او المشتري باذن البايع يثبت له الخيار فلو رضي لزم البيع في الكل
مما عرف ان رؤية بعض المكيل والموزون كرؤية الكل وان قلعه المشتري بغير اذنه ان كان المقلوع شيا له
ثمن بطل خياره في الكل فلم يكن له ان يرد رضي بالمقلوع او لم يرض وجد في ناحية من الارض اقل منه او لم يوجد
لان بالقلع صار المقلوع معيبا لانه كان حيا ينمو وبعده صار مواتا والتعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار
الرؤية وان كان المقلوع شيا لا ثمن له لا يبطل خياره لان وجوده كعدمه وان كان شيا يباع عددا ان قلعه
البايع او المشتري باذنه له الخيار في الباقي حتي لو رضي به لا يلزم البيع في الكل لانه عددي متفاوت فرؤية
بعضه لا تكون ككله وان قلعه المشتري بغير اذن البايع بطل خياره هو المختار وقد حكي فيه خلاف بين
ابي حنيفة وبينهما فما ذكرنا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رؤية بعضه كرؤية كله وجعلاه كالمكيل
والموزون والعددي المتقارب لان بعضها يستدل في العادة علي الكل وان اختلف البايع والمشتري في القلع
فقال المشتري اخاف ان قلعته لا يصلح لي ولا اقدر علي الرد وقال البايع لو قلعته فقد لا ترضي يتطوع انسان
بالقلع فان شا تشاحا فسخ القاضي العقد بينهما **قوله** ونظر الوكيل الي المبيع مكشوفا يعني الوكيل بالقبض كما
فسره المصنف وهو من يقول له الموكل وكلتك بقبضه او كن وكيلا عني بقبضه كنظر المشتري حتي لا يرده
المشتري بعد قبض الوكيل ورؤيته الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المرسل والرسول هو من يقول
له المشتري قل لفلان يدفع اليك المبيع او انت رسولي اليه في قبضه او ارسلتك لتقبضه او امرتك بقبضه
وعلي هذا اذا قال اذهب فاقبضه يكون رسولا لا وكيلا لانه مما صدقات امرتك وقد قيل لا فرق بين
الرسول والوكيل في فصل الامر بان قال اقبض المبيع فلا يسقط الخيار ومنهم من حكي هذا القول فيما اذا
قال امرتك عادة التقسيم را وهذا عند ابي حنيفة وقالا هما يعني الرسول والوكيل بالقبض سوا فيرد الموكل
الذي له الخيار ما قبضه وكيله كما يرد ما قبضه رسوله فاما الوكيل بالشرا فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع
لما انه توكل اي قبل الوكالة بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به واما اذا لم يملكه لا يقبض

نعله وصار كخيار العيب والشرط بان اشترى معيبا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه
لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكل في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط
وصار ايضا كالاسقاط قصدا بان قبضه الوكيل بالقبض مستورا ثم رآه فاسقط الخيار قصدا لا يسقط وله
ان القبض على نوعين قبض تام وهو ان يقبضه وهو يراه وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل لهذا
القبض وبقاء خيار الرؤية يمنع تمام القبض فلما بطل لهذا القبض من المشترى كان هذا القبض تاما وناقص
وهو ان يقبضه مستورا واذا كان كذلك كان القبض مع الرؤية متضمنا لسقوط خيار الرؤية لاستلزامه تمام
الصفقة ولا تتم دونه ثم الموكل ملك القبض بنوعيه فكذا وكيله لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا اسقط الخيار
قصدا بان قبضه مستورا ثم راه فاسقط الخيار لان لقبضه مستورا انتهى التوكيل بالقبض الناقص فلا يملك
الوكيل بعد ذلك اسقاطه لانتفاء ولايته ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احديهما ان الوكيل
لو راى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو راى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل
مستورا ثم راه بعد القبض فابطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل اجيب بان سقوط الخيار
بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ثابتا في مجرد رؤيته قبل القبض
ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا راه انما يتاتى على القول بان مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ
بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو الصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لم يثبت
ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص قوله بخلاف خيار العيب لانه يثبت مع تمام
الصفقة لانه لم يشرع لتتميم القبض بل لتسليم الجزء الفائت ضمن القبض مع بقاء الخيار ولهذا كان له ان يرد
المعيب وحده فيما اذا اشترى شيئين قوله في الكتاب الا من عيب قال فخر الاسلام يحتمل الا من عيب لم
يعلمه الوكيل فان كان علمه يجب ان يبطل خيار العيب كذا ذكره الفقيه ابو جعفر ولم نسلم مسئلة خيار العيب
والصواب عندنا ان لا يملك الوكيل بالقبض ابطال خيار العيب فيكون معناه علم او لم يعلم قوله وخيار الشرط
على هذا الخلاف الى اخره يعني وخيار الشرط لا نص فيه قلنا انه منعه فيكون على الخلاف ذكره القدوري
وهو رواية الهندواني لان القبض التام لا يحصل بخيار الشرط لان وجود مجوز الفسخ فلا يتم القبض مع ذلك
كخيار الرؤية بعينه ولئن سلم انه لا يبطل بالقبض التام وهو الاصح فالموكل لا يملك التام منه اذا فرضنا
ان التام لا يكون معه خيار الفسخ فلا يملكه الوكيل بخلاف الرسول بالبيع والشرا فانه لا يملك شيئا من القبض
لا التام ولا الناقص لانه لا يؤمر بالقبض بل باداء الرسالة ولهذا لا يملك التسليم ايضا وصور الارسال
في البيع تقدمت اوايل كتاب البيوع وصورتها بالشرى ان يقول قل لفلان اني اشتريت منك كذا وكذا العين
بكذا **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جايز باتفاق الايمة الثلثة وقال الشافعي لا يجوز الا في السلم والشرا
يمد في لغة الحجاز ويقصر لاهل نجد وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره فيدخل في عموم قوله
صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا راه وقد قررناه من قبل في اول
الباب ولان الناس تعارفوا معاملة العميان بيعا وشراء والتعارف بلا نكير اصل في الشرع بمنزلة اجماع المسلمين
ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس كالشاة وشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف
بالذوق قوله كما في البصير ظاهر في ان البصير اذا لم ير المبيع ولكن شمه فقط وهو مما يعرف بالشم كالمسك ونحوه
ورضي به ثم راى فلا خيار له ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له وفي جامع العتابي هو ان يوقف في مكان

لو كان بصيرا لراه ثم يذكر له صفته ولا يخفى ان ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط
الخيار به فلذا لم يذكره في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد اقيم مقام الرؤية كما في السلم ومن
انكره الكرخي وقال ما وقوفه في ذلك الموضع وغيره سوا في انه لا يستفيد به علما وعن ابي يوسف انه اذا
وقف في مكان لو كان بصيرا لراى العقار وقال رضيت سقط خياره لان التشبيه يقام مقام الحقيقة
في موضع العجز كتحريك الشفتين مقام القراءة للاخرس واجرا الموسى على راس من لا شعر له في الاحلال عن الاحرام
ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القايم مقام الشيء بمنزلته وقد ثبت شرعا
اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجرا الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وعن ابي يوسف
ايضا انه اعتبر الوصف في غير العقار ايضا ولم يعتبر الشم والذوق والجس لان الوصف يقوم مقام الرؤية
كما ذكرنا وقال مشايخ بلخ يمس الحيطان والاشجار فاذا قال رضيت سقط خياره لان الاعمى اذا كان ذكيا
يقف على مقصوده بذلك وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار وفي رواية هشام عن محمد انه يعتبر
الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا الا فيما لا يمكن جسه كالثمر
على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف الاخير في اشهر الروايات وهو المروي عن ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع
الصغير لابي الليث ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي وقال الحسن يوكل وكيلا
يقبضه وهو يراه فيسقط بذلك خياره قال المصنف وهذا اشبه بقول ابي حنيفة حيث جعل رؤية
الوكيل رؤية الموكل ولو وصف للاعمى ثم ابصر لا خيار له لان خياره سقط فلا يعود الا بسبب جديد ولو
اشترى البصير ثم عمي انتقل الخيار الى الوصف **قوله** ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الاخر
جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما ليس رؤية للاخر للتفاوت في الثياب فيبقى الخيار فيما لم يره فله رده
بحكم الخيار ثم لا يتمكن من رده فيردهما ان شاء كي لا يكون تفريقا للصفقة على البايع قبل التمام وهذا لان
الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل ان له ان يفسخه بغير قضا ولا رضى
ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضى قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضا والرضى
فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق احدهما لا يرد الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الاخر اذا رد احدهما
بعد القبض اجيب ان رد احدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علمت ان
الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو رد كان بعد التمام لان الصفقة تمت فيما كان ملك البايع ظاهرا
فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له ان يرد الباقي ايضا كما
في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق
ولو كان قبض احدهما ولم يقبض الاخر ثم استحق احدهما له الخيار لتفرقها قبل التمام ولو كان المبيع مكيلا او
موزونا فاستحق بعضه بعد القبض لا خيار لان الشركة ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفريق الصفقة
قبل التمام ولو وجد باحدهما عيبا في مسئلة الكتاب قبل القبض ليس له ان يرده وحده لتفرق الصفقة
قبل التمام لانها لا تتم قبل القبض هذا والمعنى في منع تفريق الصفقة قبل التمام وجوازها بعده لدفع الضرر
الاكثر وذلك ان في تفريقها ثبوت ضررين دائما غير انه قبل التمام يكون ضرر البايع اكثر فانه ضرر زوال فانه
قد لا يروج احدهما الا بالاخر لجودة احدهما ورداءة الاخر وهو فوق ضرر المشتري فان ضرره ليس الا بطلان
مجرد قوله اذا الزمناه ردهما وبعد القبض ضرر المشتري اكثر لانه متى رد الكل بطل حقه عن اليد وضرر البايع

ثم هو مراد فقد بيع المردود بثمن جيد فعملنا بدفع اعلي الضررين **قوله** ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره
لانه لا يجري فيه الارث علي ما ذكرناه من الوجه في خيار الشرط وتقدم ان خياري الشرط والرؤية لا يورثان وخيار
العيب والتعيين يورثان بالاتفاق **قوله** ومن راي شيا ثم اشتراه بعد مدة فان وجده علي الصفة التي راه
عليها فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة فلم يثبت وله قوله صلى الله عليه وسلم من اشتري
ما لم يره فله الخيار اذا راه لانه باطلاقه يتناول الرؤية عند العقد وقبله الا اذا كان المشتري لا يعلم مرئيه
اي لا يعلم ان المبيع كان قد راه فيما مضي كان راي جارية ثم اشتري جارية متنقبة لا يعلم انها التي كان راها
ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضي او راي ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا
يعلم انه ذلك وان وجده متغيرا عن الحالة التي كان راه عليها فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه
فكانت رؤيته وعدمها سواء فان اختلفا في التغير فقال البايع لم يتغير وقال المشتري تغير فالقول للبايع
لان دعوي التغير بعد ظهور سبب لزوم العقد وهو رؤية ما يدل علي المقصود من المبيع دعوي امر حادث بعده
والاصل عدمه فلا تقبل الا ببينة بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية فقال البايع رايته وقال المشتري لم
اره فالقول للمشتري مع يمينه لان البايع يدعي امرا عارضا هو العلم بصفته والمشتري ينكره فالقول له
وكذا لو اراد ان يرده فقال البايع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان
ذلك في بيع بات او فيه خيار الشرط او الرؤية ولقايل ان يقول الغالب في البياعات كون المشتري رادا دون المبيع
فدعوي البايع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب ان القول لمن يشهد له الظاهر
لا لمن يتمسك بالاصل الا ان يعارضه ظاهر فالوجه ان يكون القول للبايع في الرؤية بخلاف ما اذا كان له
خيار العيب فان القول للبايع في انه غير المبيع مع يمينه وهذا لان المشتري في الخيارين ينفسخ العقد بفسخه بلا
توقف علي رضي الاخر بل علي علمه علي الخلاف واذا انفسخ يكون الاختلاف بعد ذلك اختلافا في المقبوض فالقول
فيه قول القابض ضمينا كان او امينا كالغاصب والمودع بخلاف الفسخ بالعيب لا ينفرد المشتري بفسخه ولكنه يدعي
ثبوت حق الفسخ في الذي احضره والبايع ينكره وقوله الا اذا بعدت المدة استثناء من قوله القول قول البايع
الا في صورة ما اذا طالت المدة علي ما قالوا اي المشايخ لان الظاهر شاهد للمشتري اذ الظاهر انه لا يبقي الشيء
في دار التغير وهي الدنيا زمانا طويلا لم يطرقه تغير قال محمد رحمه الله ارايت لو راي جارية ثم اشتراها بعد
عشر سنين او عشرين سنة وقال تغيرت ان لا يصدق بل يصدق لان الظاهر شاهد له قال شمس الايمة وبه
افتي الصدر الشهيد والامام المرغيناني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبايع وان كان
التفاوت غالبا فالقول للمشتري مثاله لو راي دابة او مملوكا فاشتراه بعد شهر وقال تغير فالقول للبايع لان
الشهر في مثله قليل **قوله** ومن اشتري عدل زطي لم يره وقبضه فباع ثوبا منه او وهبه وسلمه ثم راي الباقي
ليس له ان يرد شيا منها الا من عيب وكذا لو اشتري العدل المذكور علي ان له الخيار ثلثة ايام وهو شرط الخيار
والباقي بحاله اعني فباع بعضها او وهبه سقط خياره في الباقي وليس له ان يرده بخيار الشرط بل ان اطلع علي
عيب وهذا لانه تعذر الرد فيما اخرجه عن ملكه فلو رد الباقي فقط كان تفريقا للصفقة علي البايع قبل التمام
لما مر من ان قيام خيار الرؤية والشرط يمنع تمامها وان كان بعد القبض بخلاف خيار العيب فان الصفقة تتم معه
بعد القبض وفيه اي في المقبوض وضع المسلة لانها لو لم تكن مقيدة به لم يصح صورتها اذ لا يصح بيع ما لم
يقبض وهبته ولانه لو كان قبل القبض كانت الخيارات كلها سواء وهو انه لا يرد احدهما بل يردهما بخيار

الرؤية ان شاء فلا يصح حينئذ قوله الا من عيب لانه اذا اشتري شيئين ولم يقبضهما حتي وجد باحدهما
عيبا لا يرد المعيب خاصة بل يردهما ان شاء لا يقال في عدم رد الباقي عند رؤيته ترك العمل بحديث الخيار
لحديث النهي عن تفريق الصفقة مع انه متروك الظاهر فان تفريقها جايز بعد تمامها وحديث الخيار
اقوي قلنا لم نقل بعدم رده مطلقا بل قلنا اذا اراده يرد معه الاخر فزدنا شرطا في الرد عملا بحديث الصفقة
لنكون عاملين بالحديثين معا جمعا بينهما والعدل المثل والمراد هنا الغرارة التي هي عدل غرارة اخري علي الجمل
او نحوه اي يعادلها وفيها اثواب والزط في المغرب جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية وقيل جيل بسواد
العراق وذكر الضمير في قوله فباع منه علي لفظ العدل ثم انثه في قوله لم يرد شيا منها علي معناه فكان نظير قوله
وكم من قرية اهلكناها فجاءها باسنا بياتا او هم قايلون هذا ولو عاد الثوب الذي باعه من العدل او وهبه الي المشتري
بسبب هو فسخ محض كالرد بخيار الرؤية او الشرط او العيب بالقضاء او الرجوع في الهبة فهو اي المشتري للعدل علي
خياره اي خيار الرؤية فله ان يرد الكل حينئذ بخيار الرؤية لارتفاع المانع من الاصل وهو تفريق الصفقة
كذا ذكر شمس الايمة السرخسي وعن ابي يوسف وهو رواية علي بن الجعد عنه انه اي خيار الرؤية لا يعود لان الساقط
لا يعود كخيار الشرط الا بسبب جديد وصححه قاضي خان وعليه اعتماد القدوري وحقيقة الملحظ مختلف
شمس الايمة لحظ البيع والهبة مانعا زال فيعمل المقتضي وهو خيار الرؤية عمله ولحظ علي هذه الرواية مسقطا
واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا اوجه لان نفس هذا التصرف يدل علي الرضي ويبطل الخيار قبل الرؤية
وبعدها والله الموفق **باب خيار العيب** تقدم وجه ترتيب الخيارات والاضافة
في خيار العيب اضافة الشيء الي سببه والعيب والعيبة والعاب بمعني واحد يقال عاب المتاع اي صار
ذا عيب وعابه زيد يتعدي ولا يتعدي فهو معيب ومعيوب ايضا علي الاصل والعيب ما تخلو عنه اصل
الفطرة السليمة مما يعد به ناقصا **قوله** واذا اطلع المشتري علي عيب في المبيع ولم يكن بشرط البراءة
من كل عيب فهو بالخيار ان شاء اخذ ذلك المبيع بجميع الثمن وان شاء رده هذا اذا لم يتمكن من ازالته بلا
مشقة فان تمكن فلا كاحرام الجارية فانه بسبيل من تحليلها ونجاسة الثوب وينبغي حمله علي ثوب لا يفسد
بالغسل ولا ينتقص وانما ثبت له هذا الخيار لان مطلق العقد وهو ما لم يشترط فيه عيب يقتضي وصف
السلامة فعند فواته يتخير بيان الاول من المنقول والمعني اما المنقول فما علقه البخاري حيث قال ويذكر
عن العداء بن خالد قال كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشتري محمد رسول الله من العداء بن خالد
بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غايلة ثم قال البخاري وقال قتادة الغايلة الزنا والسرقة والاباق
وروي ابن شاهين في المعجم عن ابيه قال حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال حدثنا عباد بن ليث قال
حدثنا عبد الحميد بن وهب ابو وهب قال قال لي العداء بن خالد بن هوذه الا اقرئك كتابا كتبه لي
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا ما اشتري العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه
وسلم عبدا او امة لا داء ولا غايلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم ففي هذا ان المشتري العداء وفي الاول
انه النبي صلى الله عليه وسلم وصح في المغرب ان المشتري كان العداء وتعليق البخاري انما يكون صحيحا
اذا لم يكن بصيغة التمريض كيذكر بل نحو قوله وقال معاذ لاهل اليمن ففي قوله عليه السلام بيع المسلم المسلم
دليل علي ان بيع المسلم المسلم ما كان سليما ويدل عليه قضاؤه عليه السلام بالرد فيه علي ما في سنن ابي داود
بسنده الي عايشة ان رجلا ابتاع غلاما فاقام عنده ما شاء الله ان يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه الي

النبي صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يا رسول الله قد استغل غلامي فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم الخراج بالضمان وفسّر الخطابي الداء بما يكون بالرقيق من الادواء التي يرد بها كالجنون والجذام
ونحوها والخبثة ما كان خبيث الاصل مثل ان يسبي من له عهد يقال هذا سبي خبثة اذا كان ممن يحرم
سبيه وهذا سبي طيبة بوزن خيرة ضده ومعنى الغايلة ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك
في المبيع من عيب وتفسيره الداء يوافق تفسير ابي يوسف له واما ابو حنيفة فتفسيره فيما رواه الحسن عنه
بالمرض في الجوف والكبد والرية وفسر ابو يوسف الغايلة بما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة
وهو قول الزمخشري الغايلة الخصلة التي تغول المال اي تهلكه من اباق وغيره والخبثة هو الاستحقاق
وقيل هو الجنون واما المعنى فلان السلامة لما كانت الاصل في المخلوق انصرف مطلق العقد اليها ولان
العادة ان القصد الى ما هو متحقق من كل وجه لان دفع الحاجة على التمام به يكون والناقص معدوم من وجه
فلا ينصرف اليه الا بذكره وتعيينه ولما كان القصد الى السالم هو الغالب صار كالمشروط عند نقدي في
كي لا يتضرر بالزام ما لم يرض به **قوله** وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان اي نقصان العيب وبه قال الشا
خلافا لاحمد لان الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضررا على الاخر من غير التزام له
والبايع يلتزمه لانه حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه الا به وان كان معيبا وهذا لان الظاهر معرفته
بالعيب فانزل عالما به لطول ممارسته له في مدة كونه في يده ولذا بعينه اتفق العلما على انه اذا باعه على انه
معيب فوجده سليما لا خيار له ولا يقال انه ما رضي بالثمن المسمى الا على اعتبار انه معيبا فلا يكون راضيا
به حين وجده سليما لانه انزل عالما بوصف السلامة فيه فحيث باعه بالمسمى كان راضيا بالثمن على اعتباره
سليما فلا يرجع عليه بشي بل يتخير في اخذه به او رده فان بذلك يعتدل النظر من الجانبين في دفع ضرر
لم يلتزمه واحد منهما به فهذا الوجه هو الاوجه وذكر المصنف قبله قوله ولان الاوصاف لا يقابلها
شي من الثمن بمجرد العقد فليس له ان ياخذ في مقابلة فواته شيا وهذا لان الثمن عين فانما يقابله مثله
والوصف دونه فانه عرض لا يجوز بانفراده فلا يعامل به الا تبعا للمعوضه غير منفرد عنه وقوله بمجرد العقد
احتراز عما اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة كما لو ضرب البايع الدابة فتعيبت فان الوصف حينئذ
يفرد بالضمان وتخيير المشتري وكذا اذا قطع البايع المبيع قبل القبض فانه يسقط نصف الثمن لانه صار
مقصودا بالتناول او حكما بان امتنع الرد لحق البايع كان تعيب عند المشتري بعيب اخر ولحق الشرع بان جنى
جناية ولهذا قلنا ان من اشترى بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم ظهرت له عيب لا يردها لان تلك الزيادة التي
الالفها جزء من المبيع الا انها بيع محض **فرع** لو صالح المشتري البايع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه
قال مالك والشافعي في وجه وفي وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه في خيار الشرط والروية **قوله** وكلما
اوجب نقصان الثمن الذي اشترى به في عادة التجار فهو عيب وهذا ضابط العيب الذي يرد به وهذا
لان ثبوت الرد بالعيب لتضرر المشتري وما يوجب نقصان الثمن يتضرر به والمرجع في كونه عيبا او لا اهل
الخبرة بذلك وهم التجار او ارباب الصنايع ان كان المبيع من المصنوعات وهذا قالت الايمة الثلاثة وسوا
كان ينقص العين او لا ينقصها ولا ينقص منافعها بل بمجرد النظر اليها كالظفر الاسود الصحيح القوي على العمل وكا
جارية تركية لا تعرف لسان الترك **قوله** والاباق والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغير وقوله
ما لم يبلغ يعني مدة عدم بلوغه عرى بحري البدل من الصغير واذا كان ذلك عيبا في الصغير فظهرت عند البايع

ثم وجدت ايضا عند المشتري في الصغر له ان يرده به ثم قال القدوري فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده
بعد البلوغ وقد اعطى المصنف معنى هذه الجملة حيث قال ومعناه اي معنى قوله فاذا بلغ الى اخره وحاصله انه
اذا ظهرت هذه الاشيا عند البايع في صغره ووجد عند المشتري بعد البلوغ لم يرده به لانه غير ذلك الذي
كان عند البايع وبينه بان سبب هذه الاشيا يختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش للصغير لضعف المثانة
وبعد الكبر لدا في الباطن والاباق في الصغير لحب اللعب والسرقة في الصغير لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن
فاذا اختلف سببها بعد البلوغ وقبله كان الموجود منها بعده غير الموجود منها قبله واذا كان غيره فلا يرد به لانه
عيب حادث عنده بخلاف ما اذا ظهرت عند البايع والمشتري في الصغر او ظهرت عندهما بعد البلوغ فان له ان
يرده بها واذا عرف الحكم وجب ان يفسر اللفظ المذكور في المختصر وهو قوله فاذا بلغ فليس ذلك الذي كان قبله
عند البايع بعيب اذا وجد بعده عند المشتري حتى يعاوده بعد البلوغ عند المشتري بعد ما وجد بعده عند
البايع واكتفى بلفظ المعاودة لان المعاودة لا تكون حقيقة الا اذا اتحد الامر لانه لا يقال عاد زيد فيما اذا
ابتدا غيره فيفرض تحقق المعاودة بعد البلوغ يوجب وجوده منه قبل ذلك بعد البلوغ ايضا والا فلا معاودة
وقوله ليس بعيب اي لا يرد به وقوله والمراد من الصغير الى اخره تقييد للصغير الذي ذكر انه اذا وجد منه شي
من هذه الامور عند البايع والمشتري يرد بان يكون صغيرا يعقل واما الصغير الذي لا يعقل فهو اذا ضل
ضال لا ابق وكذا لا يكون بوله وسرقته عيبا قال في الايضاح السرقة والبول في الفراش قبل ان ياكل وحده
ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيرا وكذا روى ابو يوسف في الامالي
عن ابي حنيفة وفي بعض المواضع ويستنجي وحده واذا قدر بحد وما قدر به في الحضانة اقتضى ان يكون ابن
سبع سنين اذا صدر منه ذلك لا يرد لانهم قدروا الذي ياكل وحده الى اخره بذلك لكن وقع التصريح في غير موضع
بتقديره بما دون خمس سنين وفي الفوايد الظهيرية هنا مسئلة عجيبة هي ان من اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول
في الفراش كان له الرد ولو تعيب بعيب اخر عند المشتري كان له ان يرجع بالنقصان فاذا رجع به ثم كبر العبد
هل للبايع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ لا رواية فيها قال وان كان والذي يقول ينبغي
ان يسترد استدلالا بمسئلتين احديهما اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج كان له ان يردها ولو تعيبت بعيب
اخر رجع بالنقصان فاذا رجع به ثم ابانها الزوج كان للبايع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما
نحن فيه والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له الرد ولو تعيب بعيب اخر رجع بالنقصان فاذا
رجع ثم برئ بالمداواة لا يسترد وان استرد والبلوغ هنا لا بالمداواة فينبغي ان يسترد انتهى وفي فتاوى
قاضي خان اشترى جارية وادعى انها لا تحيض واسترد بعض الثمن ثم حاضت قالوا ان كان البايع اعطاه على وجه
الصلح عن العيب كان للبايع ان يسترد ذلك وفيها ايضا اشترى عبدا وقبضه فحم عنده وكان يحم عند البايع
قال الامام ابو بكر محمد بن الفضل المسئلة محفوظة عن اصحابنا انه ان حم في الوقت الذي كان يحم عند البايع
كان له ان يرده او في غيره فلا فقيل له فلو اشترى ارضا فنزت عند المشتري وقد كانت نزت عند البايع
كان له ان يرد لان سبب النز واحد وهو تسفل الارض وقرب الما الا ان يجي ما غالبا او كان المشتري رفع
من ترابها فيكون النز غير ذلك او يشتبه فلا يدري انه عينه او غيره قال القاضي الامام يشكل بما لو
اشترى جارية بيضا احدى العينين ولا يعلم ذلك فانجلى البياض عنده ثم عاد ليس له ان يرد وجعل الثاني
غير الاول ولو اشترى جارية بيضا احدى العينين وهو يعلم بذلك فلم يقبضها حتى انجلى ثم عاد عند البايع

ليس للمشتري الرد وجعل الثاني غير الاول الذي رضي به اذا كان الثاني عند البايع ولم يجعله عينه اذا عاد
البياض عند المشتري وقال الامام لا يرد ثم قال القاضي الامام كنت انا و شمس الايمة الحلواني وهو
يشاور معي فيما كان مشكلا اذا اجتمعنا فتشاورنه في هذه المسئلة فما استفدت منه فرقا **قوله** والجنون
عيب ابدا هذا لفظ محمد رحمه الله فلو جن في الصغر في يد البايع ثم عاوده في يد المشتري في الصغر او في الكبر يرده
لانه عين الاول لان السبب للجنون في حال الصغر والكبر متحد وهو فساد الباطن اي باطن الدماغ فهذا معنى لفظ
ابدا المذكور في لفظ محمد وليس معناه انه لا يشترط المعاودة للجنون في يد المشتري كما ذهب اليه طايفة
من المشايخ فاثبتوا حق الرد بمجرد وجود الجنون عند البايع وان لم يجن عند المشتري فان هذا غلط لان الله تعالى
قادر على ازالته بازالة سببه وان كان قل ما يزول وقد حققنا كثيرا من النسا والرجال جنوا ثم عوفوا بالمداوا
فاذا لم يعاوده جاز كون البيع صدر بعد ازالة الله سبحانه وتعالى هذا الدا وزوال العيب فلا يرد بلا تحقق قيام
العيب فلا بد من معاودة الجنون للرد وهذا هو الصحيح وهو المذكور في الاصل والجامع الكبير واختاره الاسبيجابي
قال محمد بعد قوله اذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم ابدا باسطر وان طعن المشتري باباق وجنون ولا يعلم القاضي
ذلك فانه لا يستحلف البايع حتى يشهد شاهدان انه قد ابق عند المشتري او جن صرح باشتراط المعاودة في
الجنون وهذا خلاف ما اذا ولدت الجارية عند البايع لا من البايع او عند آخر فانها ترد على رواية كتاب
المضاربة وهو الصحيح وان لم تلد ثانيا عند المشتري لان الولادة عيب لازم لان الضعف الذي حصل بالولادة
لا يزول ابدا وعليه الفتوى وفي رواية كتاب البيوع لا ترد وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل هو عيب
وان كان ساعة وقيل ان كان اكثر من يوم وليلة فهو عيب ويوم وليلة فما دونه ليس بعيب وقيل المطبق عيب
وما ليس بمطبق ليس بعيب والسرقة وان كانت اقل من عشرة عيب وقيل ما دون الدرهم نحو فلس او فلسين ونحوه
ليس عيبا والعيب في السرقة لا فرق فيه بين كونه من المولى او من غيره الا في الماكولات فان سرقها لاجل الاكل
من المولى ليس عيبا ومن غيره عيب وسرقها للبيع من المولى وغيره عيب ونقب البيت عيب وان لم يسرق منه والاباق
ما دون السفر عيب بلا خلاف واختلفوا في انه هل يشترط خروجه من البلد فقيل يشترط فلو ابق من محله الى محله
لا يكون عيبا ومن القرية الى المصر اباق وكذا على العكس ولو ابق من غاصبه الى المولى فليس بعيب ولو ابق منه ولم
يرجع الى المولى ولا الى الغاصب فان كان يعرف منزل مولاه ويقوى على الرجوع اليه فهو عيب وان لم يعرفه او لا
يقدر فلا **قوله** والدفر الى آخره هذه اربعة اشيا عيب في الجارية وليست عيبا في الغلام البخر والدفر
والزنا وولد الزنا لان الجارية قد يراد منها الاستفراش وهذه المعاني تمنع منه فكانت عيبا بخلاف الغلام
فانه للاستخدام خارج البيت وهذه ليست مانعة منه فلا يعد عيبا الا اذا كان البخر والدفر من دا فيكون
عيبا في الغلام ايضا لان الدا عيب وفي فتاوى القاضي قال الا ان يكون فاحشا لا يكون مثله في عامة الناس
فيكون عيبا وعن ابي حنيفة الدفر ليس عيبا في الجارية ايضا الا ان يفحش فيكون عيبا فيما دونه وقيل اذا كان
العبد امرد يكون البخر عيبا به والصحيح انه لا فرق بين كونه امرد وغيره والدفر نتن ريح الابط يقال رجل ادفر
وامراة دفرا ومنه للست يقال يا دفار معدول عن دافرة ويقال شممت دفر الشي ودفره بسكون الفاء وفتحها
كل ذلك والدال المهملة واما باعجام الذال فتح الفا لا غير وهو حدة من طيب او نتن وربما خص به الطيب
مسك اذفر ذكره في الجمهرة وفيها وصفت امراة من العرب شيخا فقالت ذهب ذفره واقبل بخره قيل الرواية هنا
والسماع بالدال غير المعجمة والبجر بالجيم عيب وهو انتفاخ تحت السرة ومنه سمي بعض الناس بجرا في الصحابة

غالب بن ابجر او قلبه وسمي به من به لعنترة وكذا الادرة وهو عظم الخصيتين والادر عيب وهو من يسيل
الماء من مخرجه والبخر الذي هو عيب هو الناشي من تغير المعدة دون ما يكون لقلح في الاسنان فان ذلك يزول
بتنظيفها ووجه كون الجارية ولد الزنا عيبا بانه تخل بالمقصود من طلب الولد لانها اذا كانت ولد زنا عير الولد
بامه وقوله الا ان يكون الزنا له عادة استثنا من قوله دون الغلام وقوله على ما قالوا يعني المشايخ لان الزنا
يخل بالخدمة اذ كلما وجد حاجة اتبع هواه وقال قاضي خان لو كان الزنا منه مرارا كان عيبا لانه يضعفه
عن بعض الاعمال ويزداد بالحد ضعفا في نفسه انتهى بل وفي عرضه وربما تادي به عرض سيده ومن العيوب
عدم الختان في الغلام والجارية المولدين البالغين بخلافهما في الصغيرين وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيبا
مطلقا وفي فتاوى قاضي خان وهذا عندهم يعني عدم الختان في الجارية المولدة اما عندنا عدم الخفض في
الجواري لا يكون عيبا **قوله** والكفر عيب فيهما اي في الغلام والجارية لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعدا
الدينية وفي الزامه به غاية الاضرار بالمسلم ولا يامنه على الخدمة في الامور الدينية كاتخاذ ما الوضوء
وحمل المصحف اليه من مكان الى مكان ولا يقدر على اعتاقه عن كفارة قتل خطا فتقل رغبته والوجه هو الاول
ولذا قلنا انه لو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زايل العيب والنكاح والدين عيب في كل من الجارية
والغلام وعند الشافعي تفصيل حسن في الدين وهو انه ان كان دينا يتاخر الى ما بعد العتق فلا خيار له برده به
كدين معاملة بان اشترى شيا بغير اذن المولى وان كان في رقبته بان جنى في يد البايع ولم يفده حتى باعه فله رده
الا ان يقال وبعد العتق قد يضره في نقصان ولايته وميراثه **قوله** واذا كانت الجارية بالغة لا تحيض او
هي مستحاضة فهو عيب لان انقطاع الحيض في اوانه واستمراره علامة الدا فكان الانقطاع والاستمرار
دليلا على الدا والدا عيب وقد يتولد المرض من الانقطاع في اوانه بخلافه اذا كانت بسن الاياس
فان الانقطاع ليس عيبا حينئذ فحقيقة التعيب فيهما بالدا ولذا قال بعضهم اذا اراد ان يرد بعيب الانقطاع
فلا يدعي الانقطاع بل ينبغي ان يدعي باحد السببين من الحبل او الدا حتى تسمع دعواه لان الانقطاع بدونهما
لا يعد عيبا والمرجع في الحبل الى قول النسا وفي الدا قول الاطبا ولا يثبت العيب بقول الاطبا حتى تسمع الخصومة
مع البايع الا ان يتفق منهم عدلان بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه الا النسا فانه يقبل في توجيه الخصومة
قول امراة واحدة وكذا في الحبل وفي الكافي نص على الاكتفا في المرض الباطن بقول طبيب عدل ولا يشترط
العدد ولفظة الشهادة وهكذا نص عليه الشيخ ابو المعين في شرح الجامع الكبير وهو اوجه لانه لتوجه الخصومة
لا للرد وفي التتمة اذا كان العيب باطنا لا يعرفه الا الخواص كالاطبا والنخاسين فان اجتمع عليه مسلمان او قاله
مسلم عدل قبل ويثبت العيب في اثبات حق الخصومة وفي فتاوى قاضي خان ان اخبر بذلك واحد ثبت العيب
في حق الخصومة والدعوى ثم يقول القاضي هل حدث عندك هذا العيب فان قال لم قضي عليه بالرد وان
انكر ولا بينة له عليه استحلف كما سنذكر ويعتبر في الارتفاع الموجب للعيب اقصى غاية البلوغ وهو ان يكون
سنها سبع عشرة سنة عند ابي حنيفة ويعرف ذلك اي الارتفاع والاستمرار بقول الامة لانه لا طريق له
الا ذلك فاذا انضم الى قولها نكول البايع اذا استحلف قبل القبض او بعده في الصحيح ردت واحترز بقوله في الصحيح
عما روي عن ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وعما عن محمد اذا كانت الخصومة قبل
القبض يفسخ بقول النسا وجه الصحيح ان شهادتهن حجة ضعيفة فلا يحكم بها الا بتاييد وهو نكول البايع ثم ذكر في
النهاية في صفة الخصومة في ذلك ان المشتري اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يساله عن مدة الانقطاع

فانه ذكر مدة قصيرة لا يسمع دعواه وان ذكر مدة مديدة سمعت والمديدة روي عن ابي يوسف مقدرة
بثلاثة اشهر وعن محمد باربعة وعن ابي حنيفة وزفر بسنتين وما دون المديدة قصيرة فان كان
القاضي مجتهدا اخذ بما ادي اليه اجتهاده والا اخذ بما اتفق عليه اصحابنا وهو سنتان واذا سمع
الدعوي يسال البايع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها علي البايع بالتماس المشتري وان قال
هي كذلك للحال وما كانت كذلك عندي توجهت الخصومة علي البايع لتصادقهما علي قيامه للحال
فان طلب المشتري يمين البايع حلف البايع فان حلف بري وان نكل ردت عليه وان شهد للمشتري نسوة
لا تقبل شهادتهن علي الانقطاع وتقبل علي الاستحاضة لانها مما يمكن الاطلاع عليه ولا يمكن علي الانقطاع
الذي يعد عيبا وان انكر البايع الانقطاع الذي يعد عيبا في الحال هل يستحلف عند ابي حنيفة
لا وعندهما يستحلف وهذا ينبو عن تقرير الكتاب وانما يوافق تقرير الهداية ما نقله صاحب
النهاية بعد ما ذكر هذا بعد ما ذكر عن فتاوي قاضي خان اشتري جارية فقبضها فلم تحض عند المشتري
شهرا او اربعين يوما قال القاضي الامام ارتفاع الحيض عيب وادناه شهر واحد فاذا ارتفع هذا
القدر عند المشتري كان له ان يرده اذا اثبت ان كان عند البايع انتهي وهذا كما تري لا يشترط
ثلاثة اشهر ولا اكثر وينبغي ان يعول عليه وما تقدم خلاف بينهم في استبراء ممتدة الطهر فعند ابي حنيفة
وهو قول زفر سنتان وعند ابي يوسف ثلاثة اشهر وهو قول لابي حنيفة وعنه وهو قول لمحمد
اربعة اشهر وعشر وفي رواية عن محمد شهران وخمسة ايام وعليه الفتوي والرواية هناك ليست
واردة هنا لان الحكم هناك يستدعي ذلك الاعتبار فان الوطي ممنوع شرعا الي الحيضة لاحتمال الحبل
فيكون ساقيا ماءه زرع غيره فقدره ابو حنيفة وزفر هناك بسنتين لانه اكثر مدة الحبل فاذا مضتا
ظهر انتفاؤه فجاز وطؤها وهو اقيس وقدره محمد وابو حنيفة في رواية باربعة اشهر وعشر لانها
اعتبرت بعدة المتوفي عنها ولان فيه يظهر الحبل غالبا لو كانت حاملا وقدره ابو يوسف بثلاثة لانها
جعلت عدة التي لا تحيض والحكم هنا ليس الا كون الامتداد عيبا فلا يتجه اناطته بسنتين او غيرهما من
المدد لان كونه عيبا باعتبار كونه يؤدي الي الداء وطريقا اليه وذلك لا يتوقف علي مضي مدة معينة
مما ذكر ومما ذكرنا ظهر انه لا يحتاج في دعوي الانقطاع للرد به الي تعيين انه عن حبل او داء في الدعوي
فان كونه عيبا باعتبار كونه مفضيا الي الداء لا كونه عن داء يتقدم عليه فلذا لم يتعرض الفقيه النفس قاضي
خان لما ذكر من تعيين كون الانقطاع عن احدهما بل اذا ادعي الانقطاع في اوانه فقد ادعي العيب ويكفي شهر
واحد فانه به يتحقق الانقطاع في اوانه وهو العيب لانه ان كان في الواقع مسببا عن داء فهو عيب او
طريقا اليه فكذلك فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط وهو الذي يجب ان يعول عليه والاطبا
يظهر للطبيب داء بممتدة الطهر وكثيرا ما يكون الممتد طهرها شهرين وثلثة صحيحة لا يظهر بها داء
هذا هو ظاهر الهداية الا تري الي قوله ويعرف ذلك بقول الامة وكذا قال الامام العتابي
وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يقف علي ذلك غيرها فلو كان اعتقاده
لزوم دعوي الداء والحبل في دعوي عيب الانقطاع لم يتصور ان يثبت بقولها حينئذ توجه
اليمين علي البايع بل لا يرجع الا الي قول الاطباء او النساء فظهر ان ما ذكر في النهاية من لزوم دعوي
الداء او الحبل في دعوي انقطاع الحيض ثم انه يحتاج في توجه الخصومة الي قول الاطبا او النسا

ليس بتقرير

ليس بتقرير بما في الكتاب بل ما ذكره مشايخ اخرون يغلب علي الظن خطاؤهم وكذا ما ذكر غيره من جعل هذه وان
المشتراة بكرا علي قول ابي حنيفة وابي يوسف انه اذا قال المشتري ليست بكرا وقال البايع بكر في الحال فان قال
يريها النسا فان قلن هي بكر لزم المشتري من غير يمين البايع لان شهادتهن تايدت بمؤيد وهو ان الاصل البكارة
وان قلن هي ثيب لا يثبت حق الفسخ بشهادتهن ويحلف البايع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ان كان بعد القبض وان
كان بعده حلف انها بكر عند هو اتوق لان العيب هنا يوجب حق الخصومة بمجرد قولها حتي يتوجه عليه اليمين ويقضي
بالنكول علي ما في الكتاب والعتابي وغيرهما وفي البكارة لا بد من رؤية النساء وكيف ولا طريق الي استعلام الانقطاع
الا قولها بخلاف البكارة لها طريق تستعلم به فلا يرجع فيها الي قولها واذا عرف هذا فقول المصنف هو الصحيح
احترازا عن قول ابي يوسف انها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة وما ذكرنا عن محمد فغير مناسب فان ما عن
ابي يوسف ومحمد في ذلك انما هو عن دعوي البكارة والرتق والقرن وقياس هذه عليها غير صحيح اذ لا يعرف ذلك
الا من النساء وقول النسا هنا انها منقطعة الحيض غير معتبر وقد ذكروا ان الشهادة علي الانقطاع الكاين
عيبا لا يقبل اذ لا يطلع عليه وترتب الخصومة علي ما في الهداية وقاضي خان والعتابي وهو ما صححناه ان
يدعي الانقطاع في الحال ووجوده عند البايع فان اعترف البايع بهما ردت عليه وان انكر وجوده عنده واعترف
بالانقطاع في الحال استخبرت الجارية فان ذكرت انها منقطعة اتجهت الخصومة فيحلفه بالله ما وجد عنده
فان نكل ردت عليه وهذا اول المصنف ترد اذا انضم اليه نكول البايع ولو اعترف بوجوده عنده وانكر
الانقطاع في الحال فاستخبرت فانكرت الانقطاع والغرض انه لا يقبل عليه بينة والمشتري يدعيه فقد صرح
في النهاية بما قدمناه من انه اذا انكر الانقطاع في الحال لا يستحلف عند ابي حنيفة ويستحلف عندهما ويجب
كون الاستحلاف علي العلم بالله ما يعلم انها منقطعة عند المشتري فان نكل اتجهت الخصومة وان حلف تعذرت
ولعمري فلما يحلف كذلك الا وهو بار ومن اين له العلم بانها عند المشتري لم تحض وكان المذكور في النهاية
مبني علي ما ذكره هو في صورة الخصومة واما علي ما في الهداية فان القول قولها في الانقطاع ويمكن ان يجري
فيه ايضا وهذا تعداد للعيوب عدة الجارية عن طلاق رجعي عيب لا عن باين والنكاح عيب فيهما وكثرة الخيلان
وحمرة الشعر اذا افحشت بحيث يضرب الي البياض وكذا الشمط لانه في غير اوانه دليل الداء وفي اوانه دليل
الكبر والعشي ان لا يبصر ليلا والسن الساقطة ضرسا او غيره وسواده وسواد الظفر والعسر وهو ان يعمل
بيساره ولا يستطيع العمل بيمينه بخلاف اعسر يسر وهو ان يعمل بهما فانه زيادة حسن والقشم وهو يبس
الجلد وتشنج في الاعضا والغرب وهو ورم في الماقي وربما يسيل منه شي فيصير صاحبه كصاحب الجرح
السايل والحولص والحوص نوع منه والشتر وهو انقلاب الجفن وبه سمي الاشتر والظفر وهو بياض يبدو
في انسان العين وجرب العين وغيرها والشعر والقبل في العين ومنه قول الشاعر يصف خيلا تراهن يوم الروع
كالحدا القبل والماء في العين والسبل والسعال القديم اذا كان عن داء فاما القدر المعتاد منه فلا والعزل
وهو ان يعزل ذنبه الي احد الجانبين والمشش وهو ورم في الدابة له صلابة والفدع وهو اعوجاج
من مفاصل الرجل والفحج وهو تباعد ما بين القدمين والصكك وهو صك احدي ركبتيه بالاخري
والرتق والقرن والعفل وهو امتلاء لحم الفرج والسلعة والقروح واثارها والبخر وهو ورم
يكون باطراف حافر الفرس والحمار والحنف وهو ميل من ابهامي الرجل الي الاخري وقال محمد بن الاعرابي
الاحنف الذي يمشي علي ظهر قدميه وتناثر شعر الراس والصدف التواء في اصل العنق وقيل ميل في اليد

والسدف سعة مفرطة في الفم والبخت قيل اذا الخرس اوكان ياتي بافعال ردية والحمق وكونها مغنية وشرب
الغلام وترك الصلوة وغيره من الذنوب وقلة الاكل في البقرة ونحوها وكثرته في الانسان وقيل في الجارية
عيب لا الغلام ولاشك انه لافرق اذا افرط وعدم المسيل في الدار والشرب للارض وكذا ارتفاعها بحيث لا
تسقي الا بالسكر وكون الجارية محترقة الوجه لايدري حسنها من قبحها خلافه ما اذا كانت دميمة او سوداء والعثار
في الدواب ان كان كثيرا فاحشا وكذا اكل العذار والجموح والامتناع عن اللجام وكذا الحرن عند العطف والسير
وسيلان اللعاب على وجه يبل المخلاه اذا علق عليه فيها وكثرة التراب في الحنطة ترد به خلاف ما اذا كان معتادا
ليس لها من التراب ويرجع بحصته وكذا لو اشتري خفا او مكعبا للبس فلم يدخل رجله فيه فهو عيب ولو باع
سويقا ملتوتا على ان فيه كذا من السمن او قميصا على ان فيه عشرة اذرع والمشتري ينظر اليه وظهر خلافه فلا خيار له
قوله واذا احدث عند المشتري عيب بآفة سماوية او غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البايع فله ان يرجع بنقصان
العيب وليس له ان يرد المبيع لان الرد اضرار بالبايع لانه خرج عن ملكه سالما فلو الزمناه به معيبا تضرر
ولابد من دفع الضرر عن المشتري فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضي البايع ان ياخذه بعيبه الحادث عند
المشتري فله ذلك لانه رضي بالضرر وما كان بعدم الزامه المبيع الا لدفع الضرر عنه فاذا رضي فقد اسقط
حقه اللهم الا ان يمنع اخذه اياه لحق الشرع بان كان المبيع عصيرا فتخمر عند المشتري ثم اطلع على عيب فانه لو
اراد البايع ان ياخذ بعيبه لايمكن من ذلك لما فيه من تمليك الخمر وتملكها ومنعهما من ذلك حق للشرع فلا يسقط
بتراضيهما على اهداره كما لو تراضيا على بيع الخمر وشرائها **فان قيل** ينبغي ان يرجح جانب المشتري فيرجع بالنقصان
ويرد المبيع لان البايع دلس عليه فكان مغرورا من جهته **اجيب** بان المعصية الصادرة عنه لاتمنع عصمة
ماله كالغاصب اذا عمل في الثوب المغصوب الخياطة او الصبغ بالحمرة لان الظالم لا يظلم والضرر عن المشتري
يندفع باثبات حق الرجوع بحصة العيب **فان قيل** قد تقدم ان الاوصاف لاحصة لها من الثمن بانفرادها
اجيب بانها اعتبرت اصولا ضرورة جبر حق المشتري والا يهدر كما صيرت اصولا بالقصد من اتلافها
وكلما رجع بالنقصان فمعناه ان يقوم العبد بلاعيب ثم يقوم مع العيب وينظر الى التفاوت فان كان مقدار
عشر القيمة رجع بعشر الثمن وان كان اقل او اكثر فعلى هذا الطريق ثم الرجوع بالنقصان اذا لم يمتنع الرد بفعل
مضمون من جهة المشتري اما اذا كان بفعل من جهته كذلك كان قتل المبيع او باعه او وهبه وسلمه او اعتقه
على مال او كاتبه ثم اطلع على عيب فليس له الرجوع بالنقصان وكذا اذا قتل عند المشتري خطا لانه لما وصل
البدل اليه صار كانه ملكه من القاتل بالبدل فكان كما لو باعه ثم اطلع على عيب لم يكن له حق الرجوع ولو امتنع
الرد بفعل غير مضمون له ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع **فرع** لا يرجع بالنقصان اذا ابق العبد ما دام
حيا عند ابي حنيفة وبه قال الشافعي لان الرد موهوم فلا يصار الى خلفه وهو الرجوع بالنقصان الا عند اليأس
من الاصل وعن ابي يوسف يرجع لتحقق العجز في الحال والرد موهوم وهو لا يعارض الموجود **قوله** ومن اشتري
ثوبا فقطعه لعني ولم يخطه ثم وجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع لانه عيب حادث فان قال
البايع انا اقبله كذلك اي مقطوعا كان له ذلك لان الامتناع اي امتناع رده لحقه وقد رضي به اي برده
معيبا فزال المانع فان باعه المشتري اي بعد القطع بعد علمه بالعيب او قبله لم يرجع بشيء لان الرد امتنع
بالقطع برضي البايع فخير باعه مع عدم امتناع رده مقطوعا صار حابسا المبيع بالبيع فان كان المشتري
قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر وكان المبيع سويقا فلته بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لانه امتنع

الرد بسبب الزيادة المتصلة وانما امتنع لانه لاوجه للفسخ في الاصل اعني الثوب بدونها كالصبغ مثلا
والخياطة والسمن لانه لاينفك عنه ولا الى الفسخ معها لان الزيادة ليست مبيعة والفسخ لايرد على غير المبيع
لانه رفع ما كان من البيع فيبقي ما كان من المبيع والثمن على ما كان فلو ورد على الزيادة لزم الربو فان الزيادة
حينئذ تكون فضلا مستحقا في عقد المعاوضة بلا مقابل وهو معني الربا او شبهته والشبهة في الربا كحكم
الربا فلا يجوز فامتنع اصلا وليس للبايع ان ياخذه وان رضي المشتري بترك الزيادة لان الامتناع لم
يتمحض لحقه بل لحقه وحق الشرع بسبب ما ذكرنا من لزوم الربا ورضاه باسقاط حقه لايتعدي الى
حق الشرع بالاسقاط واذا امتنع الرد بالفسخ فلو باعه المشتري رجع بالنقصان لان الرد لما امتنع لم
يكن المشتري ببيعه حابسا له عن البايع وهذا الاصل ان الرد اذا كان ممكنا فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان
لانه حابس وان كان مع عدم امكانه يرجع لانه غير حابس **قلنا** ان من اشتري ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير
وخاطه ثم اطلع على عيب لايرجع بالنقصان لان التمليك من الابن الصغير حصل بمجرد القطع الغرض المذكور
قبل الخياطة مسلما اليه وهو نايبه في التسليم فصار به حابسا للمبيع مع امكان الرد والخياطة بعد ذلك
وجودها وعدمها سواء فلا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا والباقي بحاله رجع بالنقصان لانه لم يصر
مسلما اليه الا بعد الخياطة فكانت الخياطة على ملكه وكان امتناع الرد بسبب الزيادة التي هي الخياطة
قبل اخراجه عن ملكه فبعد ذلك لا يتفاوت الحال بين ان يخرجه عن ملكه بالبيع والهبة او لا في جواز
الرجوع بالنقصان وهو معني ما في الفوايد الظهيرية من ان الاصل في جنس هذه المسايل ان كل موضع
يكون المبيع قايما على ملك المشتري ويمكنه الرد برضي البايع فاخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وكل
موضع يكون المبيع قايما على ملكه ولا يمكنه الرد وان رضي البايع فاخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان انتهي
وهذا اصل اخر في الزيادة اللاحقة بالمبيع الزيادة متصلة ومنفصلة وكل منهما ضربان فالمتصلة غير
متولدة من المبيع كالصبغ والخياطة واللت بالسمن والغرس والبنا وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق خلافا
للشافعي واحمد ولو قال البايع انا اقبله كذلك ورضي المشتري لايجوز لما ذكرنا من حق الشرع للربوا ومن
المتصلة غير المتولدة ما لو كان حنطة فطحنها او لحما فشواه او دقيقا فخبزه فلو باعه بعد ذلك يرجع بالنقصان
لانه ليس حابسا للمبيع بل امتنع قبل البيع لحق الشرع وفي كون الطحن والشي من الزيادة المتصلة تامل والمتولدة
من الاصل كالسمن والجمال وانجلا بياض العين لايمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية لان الزيادة تمحضت تبعا
للاصل بتولدها منه مع عدم انفصالها فكان الفسخ لم يرد على زيادة اصلا والمنفصلة المتولدة منه
كالولد واللبن والثمر في بيع الشجر والارش والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لان العقد لم يرد
عليها ولا يمكن التبعية للانفصال فيكون المشتري بالخيار قبل القبض ان شاء ردهما جميعا وان شاء رضي
بجميع الثمن واما بعد القبض فيرد المبيع خاصة لكن بحصة من الثمن بان نقسم الثمن على قيمته وقت العقد وعلى
قيمة الزيادة وقت القبض فاذا كانت قيمته الفا وقيمة الزيادة مائة والثمن الف سقط عشر الثمن ان
رده واخذ تسع مائة وغير متولدة منه كالكسب وهي لاتمنع عال بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة
وتسلم له الكسب الذي هو الزيادة وهو قول احمد والشافعي رحمهما الله وفيه الحديث الذي ذكرناه
اول الباب الذي فيه قول البايع انه استغل غلامي فقال صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وجعل الشافعي
واحمد حكم المنفصلة المتولدة في حكم الكسب لامكان الفسخ على الاصل بدونها والزيادة للمشتري ونحن نفرق

بين الكسب الذي تولد من المنافع وهي غير الاعيان ولذا كانت منافع الحر مالا مع ان الحر ليس بمال والعبد المكسوب للمكاتب ليس بمكاتب والولد تولد من نفس المبيع فيكون له حكمه فلا يجوز ان يسلم له مجانا لما فيه من شبهة الربو ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية ثبت له الرد كما لم تكن وبه قال الشافعي قبل الحكم بالارش واما قيد المصنف بقوله احمر ليكون زيادة بالاتفاق فان السواد عنده نقص كما ستعلم فهو كالقطع وانتقاص المبيع في يد المشتري يمنع الرد اي سبب كان بالاتفاق **قوله** ومن اشترى عبدا فاعتقه المشتري او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بالنقصان اما الموت فلان الملك ينتهي به الشيء والشيء بانتهائه يتقرر فكان الملك قائم والرد تعذر وقد اطلع على عيب وذلك موجب للرجوع اذ امتناع الرد انما يكون مانعا اذا كان عن فعل المشتري واما اذا ثبت حكما لشيء فلا وهنا ثبت حكما للموت فلا يمنع الرجوع بالنقصان واستشكل عليه ما اذا اصبغ الثوب احمر واجابه فانه يرجع بالنقصان مع ان الامتناع بفعله واجيب بان امتناع الرد في ذلك انما هو بسبب الزيادة التي حصلت في المبيع حقا للشرع للزوم شبهة الربا قيل فكان ينبغي للمصنف ان يزيد فيقول لا بفعله الذي لا يوجب زيادة واما العتق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع وهو قول الشافعي واحمد لان العتق انهاء للملك لان الادمي ما خلق في الاصل للملك وانما يثبت الملك فيه عن سببه موقتا الى الاعتاق فيثبت انه انهاء فصار كالموت وهذا وهو الرجوع بالموت وما في معناه بسبب انه انهاء لان الشيء بانتهائه يتقرر الى اخر ما قررناه وقوله والتدبير والاستيلاد بمنزلته اي بمنزلة الاعتاق وان لم يزيلا الملك كما يزيله الاعتاق لانه يتعذر معهما النقل من ملك الى ملك وبه يتعذر الرد وقوله مع بقاء المحل احتراز عن الموت والاعتاق وقوله بالامر الحكمي اي بحكم الشرع لا بفعل المشتري كالقتل فان اعتقه على مال ثم اطلع على عيب لم يرجع بشيء وكذا الكتابة لان المشتري حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اي المعتق على مال يرجع بالنقصان وهو قول ابي يوسف وبه قال الشافعي واحمد لان العتق سواء كان بمال او بلا مال هو انهاء للملك اعني الرق ولهذا يثبت به الولاء في الوجهين واذا كان انهاء كان كالموت وكونه بمال او بغيره طرد والوجه ما تقدم من كونه حابسا لما حبس بدله **قوله** فان قتل المشتري العبد اي لم يمت عنده حتف انفه او كان المبيع طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور من عدم الرجوع فيه ظاهر الرواية عن اصحابنا وعن ابي يوسف انه يرجع وذكر صاحب الينابيع ان محمدا معه وهو قول الشافعي واحمد لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي من قصاص او دية فكان كالموت حتف انفه وانما يتعلق به حكم الاخرة من استحقاق العقاب اذا كان بغير حق ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا قال صلى الله عليه وسلم ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر وانما سقط الضمان عن المولى بسبب الملك ولذا لو باشره في غير ملكه كان مضمونا ولما سقط الضمان عن المولى صار كالمستفيد بالعبد عوضا هو سلامة نفسه ان كان عمدا وسلامة الدية للمولى ان كان خطا فكان كانه باعه بخلاف الاعتاق ولانه ليس بفعل مضمون لا محالة لانه في ملك الغير لا ينفذ وعن احد الشريكين ان نفذ لا يتعلق به ضمان اذا كان معسرا بل اذا كان موسرا على تقدير لم يوجبه بدا انه فلم يستفد اي لم يلزمه استفادته باعتاق عن ملكه شيئا حقيقة ولا حكما واما الاكل فعندهما يرجع وبه قال الشافعي واحمد وفي الخلاصة عليه الفتوى وبه اخذ الطحاوي وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق ثم اطلع على عيب عنده لا يرجع وعندهما يرجع لما انه

صنع بالمبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه من الاكل واللبس حتى انهى الملك به فكان كالاعتاق وله ان القتل والاحراق ونحوه من الاستهلاك ليس معتادا غرضا من الشراء مقصودا به وله انه انما هو بفعل مضمون منه لو وجد في غير ملكه غير انه سقط اي انتفى الضمان لملكه فكان كالمستفيد به عوضا كالقتل فلا يرجع ولا معتبر بكونه مقصودا بالشراء لانه وصف طردي لا اثر له في اثبات الرجوع الا ترى ان البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وجعل المصنف قول ابي حنيفة استحسانا مع تاخيره وجوابه عن دليلهما يفيد مخالفته في كون الفتوى على قولهما واورد عليه القطع والخياطة فانهما موجبان للضمان في ملك الغير مع انه يرجع بالنقصان فيهما اجيب بان امتناع الرد فيهما لحق الشرع لا لفعله ولا كذلك هنا فانه امتنع لفعله لا لحق الشرع وهذا يتم في الخياطة للزيادة اما في مجرد القطع فلا يتم ولذا لو قبله البائع مقطوعا كان له ذلك بخلافه مخيطا ومصبوغا بغير السواد **قوله** ولو اكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عنده يعني لا يرد ما بقي ولا يرجع بالنقصان فيما اكل لان الطعام كشيء واحد حتى كان رؤية بعضه كرؤية كله يسقط الخيار فصار كما لو باع بعضه ثم اطلع على عيب فانه يبطل حقه في الرجوع في غير قول زفر فانه قال يرجع بنقصان العيب في الباقي الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وعنهما روايتان رواية ان يرجع بنقصان العيب في الكل فلا يرد الباقي ورواية يرد ما بقي لان الطعام لا يضره التبعيض فكان قادرا على الرد كما اخذه ويرجع بالنقصان فيما اكل هكذا ذكر المصنف وهو نقل القدوري في كتاب التقريب وفي شرح الطحاوي ان الاول قول ابي يوسف قال يرجع بالنقصان في الكل الا ان يرضى البائع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وان الثاني قول محمد قال وكان الفقيه ابو جعفر يفتي بقول محمد وهو اختيار الفقيه ابي الليث وفي شرح المجمع قال ابو يوسف يرد ما بقي ان رضي البائع لان استحقاق الرد في الكل دون البعض فيتوقف على رضاه وقال محمد يرد ما بقي وان لم يرض لما ذكرنا ان التبعيض لا يضره وفيما لو باع البعض عنهما روايتان في رواية لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فبيع البعض كبيع الكل وفي رواية يرد ما بقي لانه لا يضره التبعيض ولكن لا يرجع بالنقصان فيما باع وفي المجتبى عن مجمع البخاري اكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي وبه يفتى ولو اطعمه ابنه الصغير او الكبير او امراته او مكاتبه او ضيفه لا يرجع بشيء ولو اطعمه عبده او مدبره او ام ولده يرجع لان ملكه باق ولو اشترى دقيقا فخبز بعضه وظهر انه مر رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز هو المختار ولو كان سمنا ذائبا فاكله ثم اقر البائع انه كان وقعت فيه فارة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى وفي الكفاية كل تصرف يسقط خيار الشرط يسقط خيار العيب اذا وجده في ملكه بعد العلم بالعيب ولا رد ولا ارش لانه كالرضى به **قوله** ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا او جوزا او قرعا او فاكهة فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به كالقرع المر والبيض المذر رجع بالثمن كله لانه ليس بمال فكان البيع باطلا ولا عبرة ما لو كسره عالما بالعيب لا يرده ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره بان كان في موضع يعز الحطب وهو مما يشترى للوقود على ما قيل من انه اذا كان كذلك يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصته من الثمن لان العقد فيه صادف محله لان مالية الجوز قبل الكسر ليس الا باعتبار اللب واذا كان اللب لا يصلح له لم يكن محل البيع موجودا فظهر ان العقد وقع باطلا واختاره المصنف واشار اليه الامام السرخسي وان كان ينتفع به مع فساده بان ياكله الفقراء او يصلح للعلف رجع بحصة العيب لان الكسر عيب حادث عنده

المشتري فيمنع الرد فيرجع بالنقصان الا ان يتناول شيا منه بعد العلم فلا يرجع بشي وكذا قال الحلواني هذا
اذا ذاقه فوجده كذلك فتركه فان تناول شيا منه بعد ما ذاقه لا يرجع بشي واما اذا اشترى بيض نعامة
فوجدها مذرة ذكر بعض المشايخ في شرح الجامع انه يرجع بنقصان العيب وههنا يجب ان يكون بالاطلاق لان
مالية بيض النعامة قبل الكسر باعتبار القشر وما فيه جميعا وقول المصنف وقال الشافعي يرده يعني اذا وجده
بعد الكسر بحيث ينتفع به اطلقه وفي شرح الاقطع قيده بما اذا كان الكسر مقدار لا يعلم العيب الا به فله
الرد في الصحيح من قوليه انتهى وليس هذا التفصيل عندنا ولا في قول آخر للشافعي ثم وجه قول الشافعي على
ما في الكتاب ان هذا الكسر بتسليط البايع فكانه كسره بنفسه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري
لا في ملكه فصار كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري ثم اطلع على عيب فانه لا يرده مع انه سلطه على قطعه
بالبيع فعرف بالاجماع على انه لا يرده وفي مسئلة القطع ان تسليطه هذا هدر وان التسليط المعتبر هو ما
لو سلطه ان يكسره وفي ملكه اي ملك البايع بان امره بكسره فذاك هو التسليط المانع من الضمان على الكاسر
واما البيع فتسليط للمشتري على ان يكسره في ملك نفسه ولا اثر لهذا في نفي ولا اثبات ولو وجد البعض
فاسدا فان كان قليلا جاز البيع استحسانا لان كثيرا من الجوز والبيض لا يخلو عن قليل فاسد فكان كقليل التراب
في الحنطة والشعير فلا يرجع بشي اصلا وفي الفتاوى يفسد وهو ظاهر وان كان كثيرا لا يجوز البيع ويرجع
بكل الثمن لانه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد في صفقة واحدة ولا نص في المسئلة ولكن
ضرورة ظاهرة وقال المصنف في القليل انه كالواحد والمثنى وفي النهاية اراد بالكثير فما وراء الثلاثة لا
ما زاد على النصف وجعل الفقيه ابو الليث الخمسة والستة في المائة من الجوز معفوا قال لان مثل ذلك
قد يوجد في الجوز فصار كالمشاهد يعني عند البيع ولو اشترى عشر جوزات فوجد خمسة خاوية اختلفوا
فيه قيل يجوز العقد في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن بالاجماع وقيل تفسد في الكل بالاجماع لان الثمن
لم يفصل وقيل العقد فاسد في الكل عند ابي حنيفة لانه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما
يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الاصح لان هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما فان الثمن ينقسم على الاجزاء
لا على القيمة **قوله** ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان قبله بقضاء القاضي بسبب اقراره
بالعيب انه كان عنده ووجد عند المشتري منه وهو المشتري الاخر وبينه على ذلك لانكاره العيب او بسبب
نكوله عن اليمين على العيب فله ان يرده على بايعه الاول يعني له ان يخاصم الاول ويفعل ما يجب معه الا
ان يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البايع الاول اما اذا اقام البينة
ان العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول
ان يخاصم مع بايعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما اقر به ولم يوجد هنا قضا على خلاف
ما اقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد هذا وانما يرده على ذلك التقدير
لان الرد بهذا الطريق فسخ من الاصل يعني من كل وجه فجعل البيع كان لم يكن وقد اطلع على عيب فله ان يخاصم
فيه اذ لا مانع من ذلك وما قال لما تقدم منه وهو ان القضا بالبينة والنكول فرع انكاره العيب
فخصومته البايع الاول فيه فيكون مناقضا فلا تسمع خصومته ولذا قال زفر انه لا يرده عليه للتناقض
المذكور وكذا بالاقرار فان معناه على ما فهم المصنف ان يدعي عليه انه اقر بالعيب فينكر الاقرار فيشهد
عليه بالاقرار فان اقراره غير مقطوع به لجواز كذب الشهود ووهمهم ولهذا قال بعد الرد ليس عيب لا يرده

على البايع الاول بالاتفاق اجاب المصنف عنه بقوله لكنه صار مكذبا شرعا بالقضا فانعدم انكاره
العيب هذا بعد تسليم ان انكاره ظاهر الصدق والا فيجوز كونه لدفع الخصومة فان كثيرا من الناس
يفعله فصار ظاهرا يعارض ظاهر الديانة المقتضية لصدقه ثم لو كان ظاهرا في صدقه فقد ثبت
كون هذا الظاهر غير واقع لتكذيب الشرع اياه بخلاف قوله لا عيب به بعد الرد لانه لا مكذب له
وقد يقال تكذيب الشرع اياه باثبات العيب لا يرفع مناقضته وكونه مواخذا في حق نفسه بزعمه وهي
المانعة لخصومته للبايع الاول وقوله وهذا بخلاف الوكيل متصل بقوله له ان يرده لان المعنى له
ان يخاصم فيرده بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد ما باعه بطريق الوكالة عليه بعيب بالقضا ببينة او باباء يمين
او باقرار من المامور بالعيب كذا لفظ الجامع حيث يكون ردا على الموكل من غير حاجة الى الخصومة والرد عليه
بالخصومة لان ذلك عند تعدد البيع حتى يكون البيع الاول قايما بعد انفساخ البيع الثاني فيحتاج الى
الخصومة في الرد وههنا البيع واحد فاذا ارتفع رجع الى الموكل من غير تكلف زيادة وقيد فخر الاسلام
بعيب لا يحدث مثله فقال له الرد بالبينة وباباء اليمين وبالاقرار في عيب لا يحدث مثله اما في
عيب يحدث مثله يرده بالبينة وباباء اليمين ولا يرده المامور مع الاقرار لان اقرار المامور لا يسري
على الامر ومعنى اشتراط البينة او النكول او الاقرار والغرض انه لا يحدث مثله انه اذا اشتبه على
القاضي ان هذا عيب قديم اولا وعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر مثلا ولم يثبت عنده تاريخ البيع
فاحتاج المشتري الى اقامة البينة او غيرها من الحجج انه تاريخ البيع منذ شهر فيعلم القاضي حينئذ ان
العيب كان في يد البايع فيرده عليه اما اذا عاين القاضي تاريخ البيع والعيب ظاهر فلا يحتاج الى شي من ذلك
فيكون الرد على الوكيل ردا على الموكل بلا زيادة خصومة وقد اعترض قول محمد انه بنكول الوكيل يلزم الموكل
فان النكول بذل عنده اقرار عندهما وبذل الانسان لا يثبت في حق غيره واقرار الوكيل بالعيب لم يلزم الامر في عيب
يحدث مثله اجيب بانه ليس حقيقته بل جار مجراه الا يرى انه لو ادعى بمال على عبد ماذون له في
التجارة فانكر ونكل عن اليمين يحكم عليه به مع ان بذله المال لا يجوز الا في نحو الضيافة اليسيرة وكذا
عندهما لو نكل عن اليمين في كل حكم كان له ان يعود فيحلف ويسقط المال عن نفسه ولو كان اقرارا لم يملك
الرجوع عنه والشي اذا اجري مجرى الشي لا يلزم كونه مجريه مجراه من كل الوجوه وهل حكمه حكم صريح الاقرار
عند ابي يوسف لا وعند محمد نعم وتظهر ثمرته فيما قال في الدعوى من رواية بشر بن الوليد عن ابي يوسف
لو ادعى دارا في يد رجل فانكر ونكل فقضى القاضي للمدعي بها ثم اقام المدعى عليه البينة انه اشتراها من المدعي
قال يسمع القاضي بينته ويرد الدار عليه ولو اقام انه اشتراها من رجل اخر لا تقبل وقال محمد في رواية ابن
سماعة لا تقبل في الوجهين والنكول بمنزلة الاقرار وابو يوسف يقول ليس بصريح الاقرار فيعمل وفي الايضاح
ان رد على الوكيل بغير قضاء يلزمه خاصة سواء كان في عيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان هذا الفسخ عقد
جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما انتهى يعني الفسخ الذي بلا قضا وقوله وان قبله يعني المشتري الاول
بغير قضاء القاضي بل برضاه لا يرده على بايعه هذا هو الشق الثاني من ترديد المسئلة وحاصلها ان من
اشترى عبدا او غيره فباعه فرد عليه بعيب بقضا باحد الوجوه الثلثة كان له ان يرده على البايع الاول والا
لزم وان قبله بالتراضي ليس له ان يرده عليه لان الرد بالتراضي بيع جديد في حق الثالث والبايع الاول ثالثهما
كان المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له ان يرده على

الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما
باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كان المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يكون له حق الخصومة
في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرده اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد
من اصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضا ونحن بينا الفرق بانه بالقضا فسخ وبالرضى بيع
جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول او الاقرار بالعيب يكون راضيا
بحكم السبب فلا فرق بين القضاء والرضى في وجوب كونه بيعا في حق ثالث اجيب بان المسئلة فيما اقر بالعيب
وابى القبول فرد عليه القاضي جبرا فلا يتحقق فيه معنى البيع لعدم الرضى وقد قدمنا ان معنى الاقرار الشهادة
عليه به ولانه اذا قبله بغير قضاء فقد رضي بالعيب فلا يرده على بايعه واستشكل على هذا الاصل وهو ان فسخ
من الاصل مسايل احديها البيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب بالبينة فسخا
من الاصل بطل حق الشفيع لبطلان البيع من الاصل والثانية ما اذا باع امته الحبلى وسلمها فرده بعيب بقضا
ثم ولدت ولدا فادعاه ابو البايع لا يصح دعوته ولو كان الرد بقضا فسخا من الاصل صحت كما لو لم يبعها الابن
فادعاه الاب والثالثة ما لو احال غريمه بالثمن على المشتري ثم رد المشتري بعيب بقضاء لا يبطل الحوالة
ولو كان فسخا من الاصل بطلت اجيب ببيان المراد وهو ان محمدا ذكر في مواضع ان بالرجوع في الهبة
يعود ملك الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا يرى ان من وهب مال الزكوة
لرجل قبل الحول وسلمه اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوته باعتبار ما مضى
ولا يجعل الموهوب عايدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول وكذا الرجل اذا وهب دارا
لاخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو
عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كان الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة
واذا عرف هذا الاصل خرجنا المسايل المذكورة عليه اما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد
وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعوته باعتبار ولاية
كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان
من عدم ولاية هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد
في ابطالها ولان صحتها لا تستدعي عندنا دينا على المحال عليه ولهذا قال شيخ الاسلام قول القايل الرد بقضا
فسخ وجعل للعقد كان لم يكن متناقض لان العقد اذا جعل كان لم يكن جعل الفسخ كان لم يكن لان فسخ العقد بدون
العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل واذا انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد
لانعدام ما ينافيه لكن يقال العقد كان لم يكن على التفسير الذي قلنا وفي بعض المواضع قيده بعضهم
بما اذا كان المبيع من غير النقود اما منها فلا وذلك لمسئلة نقلها في المحيط من المنتقى ان من اشترى دينارا بالعدلا
ثم باع الدينار من اخر ثم وجد المشتري الاخر بالدينار عيبا ورده على المشتري بغير قضا فانه يرده على بايعه
وللتعيين وقوله وفي الجامع الصغير الى اخره انما ذكره لان ظاهره يخالف القدوري فانه لم يقيد المسئلة
فيه بكون العيب لا يحدث مثله وقيدها في الجامع حيث قال وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله
لم يكن له ان يخاصم فقال انما قيد به ليعلم انه كذلك فيما يحدث مثله بطريق الاولى لانه لما لم يتمكن من الرد
فيما لا يحدث مثله كالاصبع الزايدة والناقصة والسن الشاغية فامتناعه فيما يحدث مثله كالمرض

والسعال والقروح مع احتمال انه حدث عند المشتري اولى قال المصنف وفي بعض روايات البيوع اي
بيوع الاصل ان كان فيما لا يحدث مثله يرجع يعني على البايع الاول اذا رده بالتراضي للتيقن بقيام العيب
عند البايع الاول وقد فعلا بغير قضا ما لو رفع الى القاضي فعله لان الرد متعين في هذا فكان فعلهما كفعل
القاضي والمراد لا يحدث مثله مطلقا او في مدة كونه في ملك المشتري الاول رد المشتري الثاني قبل
ووجه عامة الروايات ان هذا رد ثبت بالتراضي فكان كالبيع الجديد ولا نسلم انهما فعلا عين ما
يفعله القاضي لان الحكم الاصلي في هذا هو المطالبة بالسلامة وانما يصار الى الرد للعجز فاذا انتقلا
الى الرد لم يصح في حق غيرهما الا ترى ان الرد اذا امتنع وجب الرجوع بحصة العيب وفيما ذكر من
المسايل الحق متعين لا يحتمل التحول الى غيره فافترقا هذا كله فيما اذا كان الرد بالعيب من المشتري الثاني
بعد قبضه اما اذا كان قبل قبضه فللمشتري الاول ان يرده على البايع الاول سواء كان بقضاء او بغير
قضاء كما لو باع المشتري الاول للمشتري الثاني بشرط الخيار له او بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ
المشتري الثاني بحكم الخيار كان للمشتري الاول ان يرده مطلقا وعلمت ان الفسخ بالخيار لا يتوقف على
قضا قال في الايضاح الفقه فيه ان قبل القبض له الامتناع من القبض عند الاطلاع على العيب فكان
هذا تصرف دفع وامتناع من القبض وولاية الدفع عامة فظهر اثره في حق الكل ولهذا لا يتوقف على
القضا فاما بعد القبض فموجب العقد قد تناهى الا ان حقه في صفة السلامة قايم فاذا لم يسلم له
ثبت له حق الفسخ فجاء من هذا ان حق الفسخ بالعيب ما ثبت اصلا لان الصفقة تمت بالقبض بل بالعجز
وهو استدراك حقه في صفة السلامة وانما ظهر اثره في حق الكل لانه ثبت بولاية عامة ولو كان بالتراضي
ظهر اثره في حقهما خاصة بخلاف الرد بخيار الرؤية والشرط لانه فسخ في حق الكل لان حقه في الفسخ ثبت
اصلا لانهما يسلبان اللزوم في اصل العقد فكان بالفسخ مستوفيا حقا له وولاية استيفاء الحق تثبت
على سبيل العموم ولذا لا يتوقف على القضا قوله ومن اشترى عبدا وقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البايع او يقيم المشتري بينة على البايع ان العيب كان عنده وعنده ومقتضى هذا التركيب
انه اذا اقام البينة يجبر على دفع الثمن وهو فاسد فقدر ظهير الدين المرغيناني خبر اهكذا لم يجبر
على دفع الثمن حتى يحلف البايع او يقيم البينة فيستمر عدم الجبر انتهى ولا بد من تقدير اخر مع يحلف لان
معناه ليس معنى يحلف البايع بل معناه يطلب منه الحلف وليس يلزم من طلب الحلف منه الجبر على دفع الثمن
بل اذا حلف وهو غير لازم لجواز ان ينكل فيستمر عدم الجبر فعدم الجبر يثبت مع احدى صورتي التحليف
لا يثبت مع اقامة البينة وقيل يقدر فعل عام يدخل تحته الغايتان اعني الحلف واقامة البينة هكذا
لم يجبر على دفع الثمن حتى يظهر وجه الحكم به او بعدمه ان يحلف فيحلف او يقيم البينة ومنهم من اول
لا يجبر بينتظر بدفع الثمن وانما قلنا انه لا يجبر على دفع الثمن اذا طالبه البايع به فادعى عيبا لانه انكر
وجوب الثمن بدعوى العيب فانه به انكر تعين حقه لان حقه في السليم ولم يقبضه فما قبضه ليس موجبا
دفع الثمن عليه ووجوب دفع الثمن اولا ليتعين حق المشتري في المبيع ولم يتعين لانه السليم وقد انكره
واورد عليه ان الموجب للجبر قايم والمانع وهو قيام العيب موهوم فلا يعارض المحقق والجواب منع
قيام الموجب لانه البيع للسليم وهو مع قبضه وهو ينكره فهو محل النزاع وايضا فقد يثبت ما ادعاه
فيؤدي الى نقض القضا بدفع الثمن وصيانة القضاء عن النقض ينبغي ما امكن فلو ان المشتري قال شهودي بالشا

مثلاً فامهلني حتى احضرهم او اتيك بكتاب حكمي من قاضي الشام لا يسع ذلك بل يستحلف البائع وتنقضي بدفع
الثمن ان حلف وان نكل رد المبيع وانما قلنا هذا لان في الانتظار بالبائع كبير اضرار لان التاجر الى غاية
غير معلومة تجري مجرى الابطال خصوصا بعد قبض مال البائع على وجه المعاوضة وليس في الدفع كبير
اضرار بالمشتري لانه على حجته اذ له ان يقيم البينة بعد حلفه على العيب ويرد المبيع ويسترد الثمن بخلاف
ما لو قال شهودي حضور فان لا امهال هنا الى المجلس الثاني ولا ضرورة في هذا القدر على البائع فيمهل
ولو قال لا احضر يمينني الى ثلثة ايام اجلها وليس هذا مما ينفذ فيه القضاء ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة
لان ذلك في العقود والفسوخ ولم يتناكر العقد بل حقيقة الدعوى هنا دعوى مال على تقدير فالقضاء
هنا بدفع الثمن الى غاية حضور الشهود بالمسقط وهذا اصرح في قبول البينة بعد الحلف ولا خلاف
فيه في مثله اعني ما اذا قال لي بينة غايبة او قال ليس لي بينة حاضرة ثم اتى ببينة تقبل واما
اذا قال لا بينة لي فحلف خصمه ثم اتى ببينة في ادب القاضي تقبل في قول ابي حنيفة وعند محمد لا تقبل
ولا يحفظ في هذا رواية عن ابي يوسف وفي الخلاصة من رواية الحسن عن ابي حنيفة تقبل وفي جمع النسفي
في قبول البينة عن اصحابنا روايتان نعم تحليف البائع في مسئلة الكتاب يخالف ما في روضة القضاة
اذا قال يعني غايبة لم يحلف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحلف وكذا لو قال لي بينة حاضرة في المصر
فاحلفه ثم اتي بها لا يحلف في قوله خلافا لابي يوسف وقوله اما اذا نكل لزمه العيب لانه يعني النكول
حجة فيه اي في ثبوت العيب وقيد به لان النكول ليس بحجة في كل شيء اذ ليس بحجة في الحدود والقصاص
بالاجماع ولا في الاشياء الستة عند ابي حنيفة **قوله** ومن اشترى عبدا فادعى المشتري اباقا
عنده وعند البائع فاراد تحليف البائع على عدم الاباق عنده لا يحلف حتى يقيم المشتري البينة انه ابق
عنده اي عند المشتري لانه حينئذ يثبت العيب فتصح الخصومة فيه وانما لزم ذلك لان القول وان كان
قوله اي قول البائع لكن لا يعتبر انكاره ولا يتوجه اليمين عليه الا بعد ثبوت قيام المدعى سببا للرد ومعرفته
اي معرفة قيام العيب بالحجة عند انكاره وهذا في دعوى نحو الاباق مما يتوقف الرد فيه على وجود العيب
عندهما اما في عيب لا يتوقف الرد على عوده عند المشتري كولادة الجارية وكذا الجنون على خلاف المختار
فلا وعرف ان معنى المسئلة ان يدعي اباقا فينكر قيامه في الحال فيحتاج الى اثباته اما لو اعترف البائع به فانه
يسال عن وجوده عنده فان اعترف رده عليه بالتماس المشتري وان انكر طولب المشتري بالبينة على ان الاباق
وجد عند البائع فان اقامها رده والا حلف بالله عز وجل لقد باعه وسلمه وما ابق عنده قط قال المصنف
كذا قاله في الكتاب اي الجامع فان عبارته هكذا فاذا اقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه
وقبضه وما ابق قط قالوا وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي به او بالله
ما ابق عندك قط كل من هذه العبارات حسنة بقيت عبارتان محتملتان وهما ان يحلف بالله لقد باعه و
به هذا العيب او لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب قالوا لا يحلف كذلك لان فيه ترك النظر للمشتري
لان العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد فاذا فرض حدوث العيب كذلك فحلف
لقد باعه وما به هذا العيب كان بارا في يمينه واما بعته وسلمته وما به هذا العيب فكذلك لان هذه
العبارة صادقة هنا اذا كان حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فقد يكون حدوث العيب كذلك فيتناول
البائع في يمينه اي يقصد تعلق عدم العيب بالشرطين جميعا وهما البيع والتسليم على ظن ان صدقه لغة على تقدير

نقصه اليه يوجب رده شرعا وليس كذلك فان تناوله كذلك لا يخاصمه عند الله تعالى من ذلك اليمين لانه
يمين غموس والاحتراز مع الوفا بالمقصود ان يحلف بالله ما ابق عندي قط ولو لم يجد المشتري بينة على
وجود العيب عنده واراد تحليف البائع ما يعلم انه ابق عند المشتري يحلف على قولهما واختلف المشايخ
في قول ابي حنيفة هل يحلف او يتحقق العجز عن الخصومة فعن القاضي ابي الهيثم ان الخلاف مذكور في النوادر
عنده لا يحلف وعندهما نعم وفي شرح الجامع الكبير للشيخ ابي المعين النسفي قال بعض مشايخنا منهم
الشيخ الامام ابو بكر محمد بن حامد لا خلاف في هذه المسئلة وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على ان قول ابي حنيفة
خلاف قولهما وانما يحلف على العلم لانه حلف على فعل الغير بخلاف حلفه على انه ما كان عنده فعلى لانه وان كان
على فعل الغير انما يكون على العلم اذا لم يكن الحالف مدعيا العلم به اما اذا كان مدعيا فلا الا ترى ان المودع
اذا ادعى قبض المودع لها يكون القول له ويحلف على البتات مع انه فعل الغير وقيل ليس حاصله فعل الغير
بل فعل نفسه وهو تسليمه سليما وهو قول الامام السرخسي والاول اوجه فان معنى تسليمه سليما ليس
المراد منه السلامة في حال التسليم بل معنى سلمته والحال انه لم يفعل السرقة عندي فيرجع الى الحلف
على فعل الغير واورد على الاول مسئلتان احديهما ما لو باع رجلان عبدا من اخر صفقة واحدة ثم مات
احدهما فورثه البائع الاخر ثم ادعى المشتري عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم
عند محمد مع انه يدعي العلم بانتفاء العيب الثانية اذا باع المتفاوضان عبدا وغاب احدهما فادعى
المشتري عيبا يحلف الحاضر على الجزم في نصيب نفسه وعلى العلم في نصيب الغايب مع ادعايه علما بذلك
كما قلنا انتهى والوجه عندي ان يستشكل ما نحن فيه على هاتين المسئلتين لا عكسه لان تحليفه في نصفه
على العلم وفي نصفه الاخر على البتات وهو واحد اعني العيب في ذات واحدة هو المشكل فالوجه ما ذكر
والمسئلتان مشكلتان لانه ان علم كان علمه بالنسبة الى النصفين او جهله كان ايضا كذلك الا ان يكون معنى
المسئلة ان العيب كان عند كل من الشريكين مدة فيحلف هذا الوارث على البتات ما ابق عندي وعلى العلم
ما اعلم انه ابق عند شريكي فليكن محملها ذلك وعلى هذا فلو لم تكن اقامة العبد الا عند هذا الشريك لا
يحلف الا على البتات ويكتفي بذلك الا ان هذا غير معلوم فيحلف كما ذكروا ولو لم تكن اقامته الا عند الذي
مات لا يحلف الا على البتات لان العقد اقتضى وصف السلامة واعلم ان مما نظارحنا انه لو لم يابق عند
البائع وابق عند المشتري وكان ابق عند اخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك فادعى المشتري ذلك و
يرد به لانه معيب والعقد اوجب على هذا البائع السليم ولو لم يقدر على اثباته له ان يحلفه على العلم وكذا
في كل عيب يرد بنكره وجه قوله على تقدير الخلاف وهو ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى صحيحة
وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل البائع عن اليمين على وجود العيب
عند المشتري يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه لانه بنكوله انزل مقرا بوجود العيب عند المشتري
فتوجهت الخصومة فيه فيحلف على انه ما وجد عنده الى اخر ما ذكرنا وقوله الحلف يترتب على دعوى صحيحة
قيل عليه ان البينة لا يلزم ترتبها عليها بل تكون بلا دعوى اصلا في الحدود وكذا على انه وكيل او وارث
ولا دعوى اصلا ففي دعوى غير صحيحة اولى وفي الكافي الاصح انه لا يحلف لان التحليف شرع لدفع الخصومة
لا لاثباتها وهنا لو حلفنا البائع تحدث بينهما خصومة اخرى ولا يخفى ضعف هذا الكلام فان توجه
اليمين يؤمن الخصومة فيها تنتهي خصومة لا تندفع وكثيرا ما يترتب خصومات بعضها على بعض يكون منهي

بعضها مبدا اخري وَاَمّا قوله في الوجه الحلف انما يترتب علي دعوي صحيحة فنقول ان كان المراد بالصحيحة
ما يستحق بها الجواب فهذه كذلك لانه اذا ادعي انه وجد عنده عيب في المبيع وقد وجد عند البايع
فلا شك ان القاضي يطلب جوابه عن ذلك الا تري الي قولهم فان اعترف ان الامر كذلك رد عليه وان انكر
وجوده عنده واعترف بوجوده عند المشتري فعلي المشتري البينة فان عجز عنها حلف الي اخره او اعترف
بوجوده عنده وانكر وجوده عند المشتري وكل ذلك فرع الزامه بالجواب باحد هذه غير انهم لا يوجبون
عليه اليمين علي عدمه عنده حتي يثبت المقدمة الاولي وهو وجوده لان تحليفه علي ذلك لا يفيد فتوقف
المشتري من الرد ان لم يثبت وجوده عنده فلا يترتب عليه فايدته الا بعده فوجب تقديمه وكذا لو كان
العيب مما يكفي للرد وجوده عند البايع فقط كولادة الجارية وكونها ولد زنى حلف عليه ابتدا غير متوقف
علي غير ذلك وبهذا ظهر ان لا فرق بين دعوي العيب ودعوي الدين في ان كلا منهما يستدعي جوابا بما
يليق بالحال وان تكلف الفرق مع ضعفه بنا علي ان الخصومة هناك تتجه قبل اثبات الدين وهنا
لا تتجه الا بعد اثبات العيب غلط وانما هذه خصومة الغرض منها رد المبيع وتلك خصومة الغرض
منها رد الدين وكل منهما يستدعي الجواب فكما ان له ان يجيب هنا فانكار العيب عنده ها هنا كذلك له
ان يجيب بانكار الدين راسا بمعني انه لم يثبت قط ثم كان عليه ان يثبت دخول العيب في الوجود بالبينة او
النكول كذلك عليه ان يثبت دخول الدين في الوجود كذلك واذا ثبت دخوله في الوجود طالبه برده
اليه فكذلك في العيب يطالبه برد الثمن ورده فاذا تاملت لا فرق والله اعلم فالوجه ما قاله الامام من الزام
اليمين علي العلم ونفي الخلاف كما ذكر البعض لانه ادعي عليه معني لو اقر به لزمه المال فعليه اليمين لرجاء
النكول وكونه بمجرد اليمين لا يثبت المال الا بعد يمين اخري علي وجوده عند البايع لا يضر لانه اذا توقف
ثبوت الحق علي امرين لم يكن بد من اثبات كل منهما ثم قال المصنف رحمه الله قال العبد الضعيف يعني نفسه
اذا كانت الدعوي في اباق العبد الكبير يحلف البايع ما ابق عندي منذ بلغ مبلغ الرجال لانه عساه ابق
عنده في الصغر فقط ثم ابق عند المشتري بعد البلوغ وذلك لا يوجب الرد لاختلاف السبب علي ما
تقدم فلو الزمناه الحلف ما ابق عنده قط اضررنا به والزمناه ما لا يلزمه ولو لم نحلفه اصلا
اضررنا بالمشتري فيحلف كما ذكرنا وكذا في كل عيب يدعي ويختلف فيه الحال فيما بعد البلوغ وقبله
بخلاف ما لا يختلف كالجنون وقد ظهر مما ذكرنا كيفية ترتيب الخصومة في عيب الاباق ونحوه وهو كل
عيب لا يعرف الا بالتجربة والاختبار كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنى وبقي اصناف اخري
ذكرها قاضي خان هي مع ما ذكرنا تتمة اربعة انواع الاول ان يكون عيبا ظاهرا لا يحدث مثله اصلا
من وقت البيع الي وقت الخصومة كالاصبع الزايدة والعمي والناقصة والسن الشاغية اي الزايدة
فالقاضي فيها يقضي بالرد اذا طلبه المشتري من غير تحليف لتيقنه به في يد البايع والمشتري الا ان يدعي
البايع رضاه به او العلم به عند الشرا او الابرا منه فاذا ادعاه سال المشتري فان اعترف امتنع الرد
وان انكر اقام البينة عليه فان عجز يستحلف ما علم به وقت البيع او ما رضي ونحوه فان حلف رده وان نكل
امتنع الرد الثاني ان يدعي عيبا باطنا لا يعرفه الا الاطبا كوجع الكبد والطحال فان اعترف به عندهما
رده وكذا اذا انكر فاقام المشتري البينة او حلف البايع فنكل الا ان ادعي الرضي فيعمل ما ذكرنا وان
انكر وجوده عند المشتري يريه طبيبين مسلمين عدلين والواحد يكفي والاثنان احوط فاذا قال به ذلك يخاصمه

فانه

في انه كان عنده الثالث ان يكون عيبا لا يطلع عليه الا النسا كدعوي الرتق والقرن والعفل والثيابة
وقد اشتري بشرط البكارة فعلي هذا الا انه اذا انكر قيامه في الحال اراه النسا والمراة العدل كافيه
فاذا قالت ثيبا او قرنا ردت عليه بقولها عندهما كما تقدم او اذا انضم اليه نكوله عند تحليفه غير
ان القرن ونحوه ان كان مما لا يحدث ترد عنده بقول المراتين هي قرنا بلا خصومة في ان ذلك كان عند
البايع للتيقن بذلك كما في الاصبع الزايدة الا ان يدعي رضي فعلي ما ذكرنا وفي شرح قاضي خان العيب اذا
كان مشاهدا وهو مما لا يحدث يومر بالرد وان كان مما يحدث واختلفت في حدوثه فالبينة للمشتري
لانه يثبت الخيار والقول للبايع لانه ينكر الخيار وهذا يعرف مما قدمناه ولو اشتري جارية وادعي انها
خنثي يحلف البايع لانه لا ينظر اليه الرجال ولا النسا ولو وجد به عيبا فقال له البايع بيعه فان لم
يلزمه لانه عرض علي البيع ولو قال بعه فان لم يشتر رده علي فعرضه فلم يشتر سقط الرد ولو وجد البايع
الثمن زيوفا فقال المشتري للبايع انفقه فان لم يرج رده استحسانا ولو كان ثوبا فقال هو قصير فقال
البايع اره الخياط فان قطعه والا رده فعل فاذا هو قصير فله الرد اشتري لبيت كفنا ثم وجد به عيبا
لا يرده ولا يرجع بالارش حتي يحدث به عيب مانع من الرد وفي القنية لو وجد به معيبا فخاصم بايعه فيه
ثم ترك الخصومة اياما ثم عاد اليها فقال له بايعه لم سكتت عن الخصومة مدة فقال لانظر انه يزول
او لا فله رده كذا في المجتبي قوله ومن اشتري جارية او غيرها من الاعيان وتقابضا فقبض البايع الثمن
والمشتري الجارية فوجد بها المشتري عيبا فجا ليردها فاعترف البايع بما يوجب الرد الا انه قال بعتك
هذه واخري معها وانما يستحق علي رد حصة هذه فقط لا كل الثمن وقال المشتري بعتنيها وحدها
فاردد جميع الثمن ولا بينة لاحد فالقول قول المشتري لان هذا اختلاف في مقدار المقبوض والقول فيه
قول القابض امينا كان او ضمينا لانه ينكر زيادة يدعيها عليه البايع ولان البيع انفسخ في المردود بالرد
وذلك مسقط الثمن عن المشتري والبايع يدعي لنفسه بعض الثمن عليه بعد ما ظهر سبب السقوط والمشتري
ينكر فالقول قوله وصار كالغصب اذا ادعي المغصوب منه انه غصبه هذا مع اخر او حدث فيه زيادة وانكر
الغاصب فالقول قوله وكذا اذا اتفقا علي مقدار المبيع بان اتفقا علي ان المبيع جاريتان ثم قال البايع
قبضتهما وانما تستحق حصة هذه وقال المشتري لم اقبض من المبيع سوي هذه يكون القول قول
المشتري لما بينا من ان القول قول القابض قوله ومن اشتري عبدين او ثوبين ونحوهما صفقة
واحدة وقبض احدهما ووجد بالاخر الذي لم يقبض عيبا فانه بالخيار ان شا اخذهما بجميع الثمن وان شا
ردهما وليس له ان ياخذ السليم ويرد المعيب بحصته من الثمن في هذه الصورة لان الصفقة انما تتم
بقبضهما لانها انما تتم بقبض كل المبيع ولم يوجد فيكون رد احدهما وحده تفريقا للصفقة قبل التمام
وهذا اي كون رد احدهما بعد قبض احدهما فقط تفريقا للصفقة قبل تمامها بنا علي ان تفريقها قبل القبض
كتفريقها في نفس العقد فيما اذا قال بعتكما بالف فقال قبلت في هذا بحسابه وانما كان كذلك لان
القبض له شبهة بالعقد لانه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة ولانه اعني القبض موكد
لما اثبته العقد حتي ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لانه كان علي شرف
الزوال بتمكينها ابن الزوج مثلا ونحوه فالشهود بشهادتهم اكدوا لزومه وحققوه وما قيل في تمامه
وحكم المشبه حكم المشبه به فان الصلاة للنار وعلي النجاسة حرام ولو صلي وبين يديه نارا او بقربه نجاسة

كان مكروها ليس تمثيلا صحيحا فان الثابت الكراهة وانما يكون حكمه حكمه لو ثبتت الحرمة هذا اذا كان العيب
في غير المقبوض فلو وجد العيب في المقبوض اختلفوا فيه يروى عن ابي يوسف انه يرده خاصة لان الصفقة
تامه في المقبوض والصحيح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فما
لم يقبض الكل لا يتم فيكون تفريقا قبل التمام وصار تمام الصفقة كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن
لا يزول الحبس دون قبض جميعه حتى لو بقي من الثمن درهم كان له ان يمنع المبيع عليه ولو قال المشتري انا
امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك فاما لو كان قبضهما اعني العبدين ثم وجد باحدهما عيبا
فان له ان يرده خاصة خلافا لزفر هو يقول فيه اي في رده وحده تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر
لان العادة ضم الجيد الى الردي لترويج الردي وفي الزامه المعيب وحده الزام هذا الضرر فاستوى
ما قبل قبضهما وما بعده في تحقق المانع من رده وحده واشبه خيار الشرط والرؤية في ان الصفقة لا
تتم اذا كان فيها احد الخيارين هكذا ذكر خلاف زفر في المبسوط وغيره وقال القدوري في التقريب قال
اصحابنا اذا اشترى عبدين صفقة فوجد باحدهما عيبا بعد القبض رده خاصة وان كان قبل القبض ردهما
وقال زفر يرد المعيب في الوجهين لان العقد صح فيهما والعيب وجد باحدهما فصار كما بعد القبض وذكر
صاحب المختلف والمنظومة مثل ما ذكر القدوري على خلاف ما ذكر المصنف وشمس الائمة وهو محمول
على اختلاف الرواية عن زفر ولنا انه تفريق الصفقة بعد التمام لان بالقبض يتم في خيار العيب بخلاف
خيار الرؤية والشرط والتفريق بعد التمام جائز شرعا بدليل انه لو استحق احدهما بعد القبض ليس له ان يرد
الاخر بل يرجع بحصة المستحق على البايع مع انه تفرقت الصفقة على المشتري والضرر الذي لزم البايع
جاء من تدليسه لما قدمنا من ان الظاهر ان البايع عالم بحال المبيع وصار كما لو سمى لكل واحد ثمنا او شرط
الخيار في احدهما لنفسه ثم هذا فيما يمكن افراز احدهما دون الاخر في الانتفاع كالعبدين اما اذا لم يكن
في العادة كنعلين او خفين او مصراعي باب فوجد باحدهما عيبا فانه يردهما او يمسكهما بالاجماع لانهما
في المعنى والمنفعة كشيء واحد والمعتبر هو المعنى وفي الايضاح والفوايد الظهيرية ولهذا قال مشايخنا
لو اشترى زوجي ثور وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما الاخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك
رد المعيب خاصة **قوله** ومن اشترى شيئا مما يكال كالحنطة والتمر او يوزن كالسمن والزعفران وغير ذلك
فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه كله ومراده اذا كان الاطلاع على العيب بعد القبض اما لو كان قبله
فلا فرق بين المكيل والموزون وغيرهما كالثياب والعبيد في انه يرد الكل او يحبس الكل بخلاف ما بعد القبض فانه
يجوز رد المعيب خاصة في غير المكيل والموزون دونهما وانما قلنا بعد القبض يرد الكل لان المكيل اذا
كان من جنس واحد كالحنطة او الشعير فهو كشيء واحد فان الانتفاع والتقوم لا يتحقق باحاد حبات القمح منفردة
بل مجتمعة فكانت الاحاد المتعددة منها كالشيء الواحد ثوب او بساط ونحوه الا ترى انه يسمى المتعدد منه
المجتمع باسم واحد كالكر والوسق والصبرة فلا يتمكن من رد البعض خاصة كما لا يتمكن من رد بعض الثوب
بخلاف الثوبين والعبدين فانه بعد قبضهما يرد المعيب خاصة لانهما شيئان حقيقة وتقوما وانتفاعا لا
يوجب افراد احدهما عن الاخر عيبا حادثا فيه قيل هذا يعني كونه يرد الكل اذا كان في وعاء واحد اما
اذا كان في وعائين كما اذا اشترى عدلي حنطة صفقة فوجد باحدهما عيبا فانه يرد ذلك العدل خاصة
كذا ذكره فخر الاسلام قال لان تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب في المعيب فانه اذا كان مخلوطا بالجيد

يكون

يكون اخف عيبا مما اذا انفرد فلو رد كان مع عيب حادث عند المشتري بخلاف ما اذا كان في وعائين
فرد احدهما المعيب فانه لا يوجب زيادة عيب قال الفقيه ابو الليث هذا التاويل يصح على قول محمد خاصة
واحدى الروايتين عن ابي يوسف لا على قول ابي حنيفة فانه روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة في المجرد ان رجلا
لو اشترى اعدال تمر فوجد بعدل منها عيبا فان كان التمر كله من جنس واحد ليس له ان يرد العيب خاصة
لان التمر اذا كان من جنس فهو بمنزلة شيء واحد وليس له ان يرد بعضه دون بعض وذكر الناطفي رواية
بشر بن الوليد لو اشترى زقين من سمن او سلتين من زعفران او حملين من القطن او الشعير وقبض الجميع
رد المعيب خاصة الا ان يكون هذا والاخر سواء فاما ان يرده كله او يترك كله فقد رايت كيف جعل التمر
اجناسا مع ان الكل جنس التمر فعلى هذا ينبغي الاطلاق ايضا في نحو الحنطة فانها تكون صعيدية وبحرية وهما
جنسان تبعا وثالث في التمر والعجين وتقييد اطلاق فخر الاسلام في الاعدال برد المعيب خاصة بل ذلك اذا
كان بما في الاعدال من غير ذلك الجنس مما هو مندرج تحت مطلق جنسه بان يكون بعض الاعدال برنيا وبعضها
لبانة فبرد ذلك خاصة اما اذا كان الاعدال من جنس واحد بان يكون كلها برنيا او صيحانيا او لبانة او عراقية فيرد
الكل والصبرة كالعدل الواحد وان كثرت الجريان لما ذكرنا من وجه منع رد المعيب وحده فيها **قوله** ولو استحق
بعضه اي بعض المكيل او الموزون فلا خيار للمشتري في رد ما بقي بل يلزمه الا برده وروي عن ابي حنيفة ان له
رده دفعا لضرر مؤنة القسمة ووجه الظاهر انه لا يضره التبعيض لا في القيمة ولا في المنفعة اما في القيمة
فان المد من القمح يباع على وزان ما يباع به الاردب والغرارة واما في المنفعة فظاهر فلا يتضرر به بخلاف
غيره فانه ان كان مما ينفصل يصير معيبا بتبعيضه فان الفضلة من الثوب كالذراع اذا نودي عليه في السوق
لا تبلغ قيمته متصلا بالثوب وان كان مما لا ينفصل كالعبد يصير معيبا بعيب الشركة بخلاف الكيل لا يتعيب
بالشركة فانهما ان شاءا اقتسماه في الحال وانتفع كل بنصيبه كما يجب ومؤنة القسمة خفيفة وقد تقوم
بكيل عبدهما وغلامهما وقوله والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة جواب عن سؤال هو انه ينبغي ان يكون
له رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة على المشتري للمستحق عليه فاجاب بان تفريق
الصفقة انما يمتنع قبل التمام لا بعده وقد تحقق تمام هذه الصفقة حيث تحقق القبض ولم يظهر بعد
ذلك الا الاستحقاق والاستحقاق لا يمنع تمامها لان تمامها برضى العاقد وقد تحقق لا برضى المالك يعني
المستحق ولهذا قلنا اذا اجاز المستحق لبدل الصرف وراس مال السلم بعد افتراق العاقدين يبقى العقد
صحيحا فعلم ان تمام العقد يستدعي تمام رضى العاقد لا المالك وقوله وهذا اي كون الاستحقاق لا يوجب
خيار الرد اذا كان بعد القبض اما اذا كان قبل القبض فله ان يرد الباقي لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لان تمامها
بعد الرضى بالقبض ولو كان المستحق ثوبا ونحوه كعبد وكتاب فله الخيار لان التشقيص في الثوب عيب والشركة
في العبد عيب فله الخيار بين رد الكل وبقايه شريكا لا يقال ينبغي ان لا يثبت له خيار رد الكل لانه حدث
عنده عيب بالاستحقاق اجاب بقوله وقد كان الى اخره اي هذا العيب اعني عيب الشركة كان ثابتا وقت
البيع وانما تاخر ظهوره والظهور مع سابقة الثبوت فلم يحدث العيب عند المشتري بل ظهر عنده فلم
يمنع الرد بخلاف تمييز الجيد من الردي في الكيل اذا كان في وعاء واحد او كان صبرة فانه عيب حدث عنده
فلا يمكنه الا رد الكل **قوله** ومن اشترى جارية فوجد بها قرحا ونحوه من مرض او عرض فداواها او
كانت دابة فركبها في حاجة اي حاجة نفسه وفي بعض النسخ حاجته فهو رضى لان ذلك دليل قصد الاستبقاء

بخلاف خيار الشرط اذا ركب فيه مرة لحاجة نفسه او لبس الثوب مرة لا يكون مسقطا للخيار لان ذلك الخيار
للاختبار وهو بالاستعمال فلا يكون ركوبه لحاجته مرة او الاستخدام مرة مسقطا له فصار حبس هذه المسايل
ان كل تصرف من المشتري يدل على الرضى بالعيب بعد العلم به يمنع الرد والارش فمن ذلك العرض على البيع والاجارة
واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام ولو مرة بعد العلم بالعيب بخلاف خيار
الشرط فانه لا يسقط الا بالمرة الثانية لان الاول للاختبار الذي لاجله شرع الخيار فلم يكن الاول دليل
الرضى اما خيار العيب فشرعيته للرد ليصل المشتري الى راس ماله اذ عجز عن وصف الجزء الفايت اليه
فالمرة الاولى فيه لا يصرفها عن كونها دليل الرضى صارف هذا بالاتفاق انما الخلاف فيما اذا اخر الرد مع القدرة
عليه بالتراضي او بالخصومة بان كان هناك حاكم فلم يفعل ولم يفعل ما يدل على الرضى فعندنا لا يبطل خيار
الرد منه وعند الشافعي يبطل والتقييد بحاجته لانه لو ركبها ليسقيها او يردها على بايعها او يشتري لها
علفا فليس برضى وله الرد بعد ذلك اما الركوب للرد فانه سبب الرد فانه لو لم يركبها احتاج الى سوقها
وربما لا تنقاد او تتلف ما لا في الطريق للناس لا يحفظها عن ذلك الا الركوب • والجواب في السقي وشرا
العلف محمول على حاجته الى ذلك فيهما لانها قد يكون صعبه فلا يقودها ليسقيها او يحمل عليها علفها ما ذكرنا
مع كونه قد يكون عاجزا عن المشي او لكون العلف في عدل واحد فلا يتمكن من حمله عليها الا اذا كان راكبا وتقييد
بعدل واحد لانه لو كان في عدلين فركبها يكون الركوب رضى ذكره قاضي خان وغيره ولا يخفى ان الاحتمالات
التي ذكرنا في ركوبها للسقي انها لا تمنع الرد مما يجري فيما اذا كان العلف في عدلين ثم ركبها فلا ينبغي ان
يطلق امتناع الرد اذا كان العلف في عدلين ولو اختلفا فقال البايع ركبتها لحاجة نفسك وقال
المشتري لاردها عليك فالقول قول المشتري فاما لو قال البايع ركبتها للسقي بلا حاجة لانها تنقاد وهي
ذلول ينبغي ان يسمع قول المشتري لان الظاهر ان المسوغ للركوب بلا ابطال حق الرد خوف المشتري من شي مما
ذكرنا لا حقيقة الجموح والصعوبة والناس يختلفون في تخيل اسباب الخوف فرب رجل لا يخطر بخاطره شي
من تلك الاسباب واخر بخلافه نعم لو حمل عليها علفا لغيرها كان رضى ركبها او لم يركبها **فرع** وجد بالدابة
عيبا في السفر وهو يخاف على حمله حمله عليها ويرد بعد انقضاء سفره وهو معذور **قوله** ومن
اشترى عبدا قد سرق عند البايع وعلى ما ذكرنا مما وقع في المطارحة لا فرق بين ان يسرق عند البايع او غيره
ولم يعلم المشتري به اي بفعله السرقة لا وقت البيع ولا وقت القبض وسياتي فايدة هذا القيد
فقطع عند المشتري فله ان يرد على بايعه وياخذ الثمن كله منه عند ابي حنيفة هكذا في عامة شروح الجامع
الصغير وبعض روايات المبسوط • وفي جامع التمرتاشي وبعض روايات المبسوط يرجع بنصف الثمن
ووفق بما ذكر في المبسوط حيث قال وعند ابي حنيفة يرجع بنصف الثمن بان القطع كان مستحقا بسبب
كان عند البايع واليد من الادمي نصفه فينتقض قبض المشتري في النصف فيثبت للمشتري الخيار ان
شاء رجع بنصف الثمن وان شاء رد ما بقي ورجع بجميع الثمن كما لو قطعت يده عند البايع ولما ثبت الخيار
بين رده وامساكه كان قول من قال ياخذ الثمن كله منصرفا الى اختياره رد العبد المقطوع وقول من قال
يرجع بنصف الثمن منصرفا الى اختياره امساكه • وفي شرح الطحاوي للاسبيجابي لو قطعت يده بعد القبض
الى اخر الصورة ان شاء رضي بالعبد الاقطع بنصف الثمن وان شاء ترك • وفي قول ابي يوسف ومحمد لا يرد
ولكنه يرجع بنقصان العيب يقوم عبدا وجب عليه القطع وعبدا لم يجب عليه القطع ويرجع بالذي

النقصان من الثمن الا اذا رضي البايع ان يرده فيرده بجميع الثمن وحينئذ فلا يخفى ما في نقل المقصر في
جواب المسئلة كالمصنف ان له ان يرده ويرجع بالكل وما فيما نقل في الحصر والمختلف فيما اذا قطعت
يده عند المشتري بسرقة عند البايع انه يرجع بنصف الثمن من الانقاع في الالباس واقرب ما يطلق انها
روايتان عنه لولا ما ظهر من الجواب المفصل ابتداء كما ذكرنا وعبارة الهداية اخف فانه قال فله ان يرده
وياخذ الثمن فانها لا تمنع ان له شيا اخر لكن لا يجوز الاقتصار على هذا الا اذا كان ما له من الاخر المسكوت عنه
متفقا عليه فاقتصر على محل الخلاف لكن الغرض ان الخلاف ثابت في الاخر وهو اذا امسكه فانه ياخذ النصف
عنده وعندهما لا بل يرجع بالنقصان وتمسكه وقوله وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد عند البايع
من قتل عمد او ردة ونحو ذلك يعني فقتل عند المشتري يرجع بكل الثمن حتما وعندهما يقوم حلال الدم
وحرامه فيرجع بمثل نسبة التفاوت بين القيمتين من الثمن قال المصنف فالحاصل انه اي القتل والقطع
اي ثبوته في العبد بمنزلة الاستحقاق ولو استحق كله رجع بالكل ونصفه كان بالخيار بين ان يرد الباقي
ويرجع بالكل وبين ان يرجع بنصف الثمن ويمسك النصف فكذا هنا وعندهما ذلك بمنزلة العيب يعني
في الحكم والا فهو عيب عندهما لا بمنزلة العيب • وفي المبسوط فان مات العبد من ذلك القطع قبل ان يرده
لم يرجع الا بنصف الثمن لان النفس ما كانت مستحقة في يد البايع لينتقض قبض المشتري في النصف لهما ان
الموجود عند البايع بسبب القتل والقطع وثبوت سبب ذلك لا ينافي مالية العبد واذا صح بيعه وعتقه
ولو مات كان الثمن متقررا على المشتري وليس لولي القصاص حق في ماليته ولذا كان لولي القصاص
ان يشتريه ولا يحل باعتبار شراء المشتري اياه صح شراؤه ولو كان له حق في ماليته لم يصح كالوالي المرتهن بيع عبد الرهن لم يصح لتعلق
حق المرتهن بالمالية فعرف ان استحقاق العقوبة متعلق بادميته لا بماليته والاستحقاق باعتبار المالية
فلا يجري استحقاق واستيفاء العقوبة مجرى الاستحقاق في الكل والبعض وانما تذهب المالية بالقتل
وهو فعل انشاه المستوفي باختياره في النفس بعد ما دخل في ضمان المشتري وبه لا ينتقض قبض المشتري
لانه يتعلق بالمال المبيع وينتقض باخذ المستحق له لانه فيه من حيث هو مال فكان استيفاء العقوبة
عيبا حادثا في يده فمنع الرد فيرجع بالنقصان وصار كما اذا اشترى حاملا لا يعلم بحملها وقت الشراء
ولا وقت القبض فماتت عنده بالولادة فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا وغير حامل ولفظة الى في قوله
الى غير حامل ليس لها موقع وله ان سبب وجوب القطع والقتل وجد في يد البايع والوجوب يفضي الى
الوجود فيكون الوجود مضافا الى سبب القطع والقتل وهو سرقته الكاينة في يد البايع وقتله فصار
موته مضافا اليه وقطعه وصار كانه قطع او قتل عند البايع الذي عنده السبب وصار كالعبد المغصوب
اذا رده الغاصب على مالكه بعد ما جنى عند الغاصب فقتل عند المالك بها او قطع فانه يرجع على الغاصب
بتمام قيمته او نصفها كما لو قتل عند الغاصب بجامع استناد الوجود الى سبب الوجوب الكاين عند
الاول واذا كان كذلك فينتقض قبضه كما في الاستحقاق وصار سبب السبب بمنزلة علة العلة لفوات
المالية فكان المستحق به كانه المالية الا انه لا يظهر اثر ذلك الا حقيقة فعل الاستيفاء وقبله لا يتم
في حق ذلك فبقي المالية فيصح البيع ونحوه فاما اذا قتل فقد تم حينئذ الاستحقاق وبطلت المالية
فظهر اثره في نقض القبض فيرجع كما ذكرنا وما ذكر من مسئلة موت الحامل ممنوعة على قول ابي حنيفة بل يرجع
على قوله بكل الثمن قاله القاضيان ابو زيد وفخر الدين قاضي خان رحمهما الله تعالى وان لم يذكر الخلاف في

كتاب البيوع من الاصل استدلالا بما ذكر في الجامع الصغير في الامة المغصوبة اذا حبلت عند الغاصب
ثم ردت فولدت في يد المالك وماتت له ان يضمن الغاصب جميع قيمتها فكذلك هنا عنده واقتصر المصنف
عليه وان سلمنا فنقول الموجود في يد البايع العلوق وانما يوجب انفصال الولد لا الهلاك ولا يفضي اليه غالبا
بل الغالب السلامة فليس هنا وجوب يفضي الى الوجود فهو نظير موت الزاني من الجلد بخلاف مسئلة الغصب
لان الرد لم يصح لان شرط صحته ان يردها كما اخذها ولم يوجد فصار كما لو هلكت في يد الغاصب وهنا الحبل
لا يمنع من التسليم الى المشتري ثم ان تلف بعد ذلك بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البايع فينتقض قبض
المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض ونوقض بمسايل الاولى اذا اشترى جارية محمومة فلم يردها
حتى ماتت عنده بالحمى لا يضاف الى السبب السابق حتى لا يرجع بكل الثمن بل بالنقصان مع ان موتها بسبب الحمى
التي كانت عند البايع. وثانيها اذا قطع البايع او غيره يد العبد ثم باعه ولم يعلم المشتري فمات العبد
منه عند المشتري يرجع بالنقصان لا بالثمن وثالثها اذا زوج امته البكر ثم باعها وقبضها المشتري ولم
يعلم بالنكاح ثم وطئها الزوج لا يرجع بنقصان البكارة وان كان زوال البكارة بسبب كان عند البايع
ورابعها لو زنى العبد عند البايع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البايع بالثمن وان كان موته
بسبب كان عند البايع. وخامسها لو سرق في يد البايع فقطعت عند المشتري فسرى القطع فانه يرجع
بنصف الثمن لا بكله وان كان موته بسبب كان عند البايع اجيب بان الجارية لا تموت بمجرد الحمى بل
بزيادة الالم وذلك بسبب اخر عند المشتري لا في يد البايع فليس مما نحن فيه واما الثانية فلان البيع لما
ورد على قطع البايع او الاجنبي قطع سراية القطع لان السراية حق البايع فتنقطع ببيع من له السراية وفيما
نحن فيه السراية لغير من كان البيع منه فيمتنع انقطاع السراية بالبيع واما الثالثة فان البكارة لا تستحق
بالبيع حتى لو وجدها ثيبا لا يتمكن من الرد اذا لم يكن شرط البكارة فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه
لا من باب وجود العيب. وعن الرابعة بان المستحق هو الضرب المولم واستيفاء ذلك لا ينافي المالية
في المحل وموته بذلك الضرب انما هو لعارض عرض في يد المشتري وهو خرق الجلاد او ضعف المجلود
فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حدا مستحقا. واما الخامسة فقد تقدم جوابها من المبسوط قوله ولو سرق
في يد البايع ثم في يد المشتري فقطع بهما اي بالسرقتين جميعا فعندهما يرجع بالنقصان اي نقصان عيب السرقة
الموجودة عند البايع وعند ابي حنيفة ليس له ان يرده بلا رضى البايع للعيب الحادث وهو السرقة عند المشتري
والقطع بها كقولهما ولكن ان رضي البايع كذلك رده ورجع بثلاثة ارباع الثمن وان لم يرض به امسكه
ورجع بربع الثمن لان اليد في الادمي نصفه في حق الاتلاف وقد تلف بالسرقتين الكائنتين عندهما فيتوزع
نصف الثمن بينهما نصفين فيسقط ما اصاب المشتري ويرجع بالباقي ان رده بان رضيه البايع وذلك ثلاثة
ارباع الثمن وبربعه ان امسكه بان رضي البايع لان نصف النصف لزم المشتري فيسقط عن البايع وهذا
لان البايع انما قبله اقطع معيبا لا مع ان تحمل ما لزم المشتري من النقصان بالسبب الكائن عنده بل يتوزع
النقصان عليهما كما في الغاصب للعبد اذا سرق عنده ثم رده فسرق عند المالك فقطع بالسرقتين فانما
يرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة قوله ولو تداولته الايدي بعد ان سرق عند البايع ثم
تداولته الايدي بعده ثم قطع عند الاخير بتلك السرقة رجع الباعة بعضهم على بعض بالثمن كما في الاستحقاق
عند ابي حنيفة لانه اجراه مجرى الاستحقاق ولا يخفى ان هذا اذا اختار الرد لانك علمت ان حكم المسئلة

عنده بالخيار بين ان يرده ويرجع بالكل او يمسكه ويرجع بنصف الثمن فيرجع بعضهم على بعض بنصف الثمن
وعندهما يرجع الاخر الذي قطع في يده على بايعه بالنقصان ولا يرجع بايعه على بايعه لانه بمنزلة العيب
اما رجوع الاخير فلانه لما لم يبعه لم يصر حابسا للمبيع فلا مانع من الرجوع واما بايعه فانما لا يرجع على
بايعه لانه بالبيع صار حابسا للمبيع مع امكان الرد بالعيب وعلمت ان بيع المشتري المعيب بحبس المبيع
سواء علم بالعيب او لم يعلم فلا يمكنه الرد بعد ذلك وقوله في الكتاب اي الجامع الصغير ولم يعلم به
يعني وقت البيع ولا وقت القبض يفيد على قولهما لانه عيب والعلم بالعيب عند البيع او القبض مسقط
للرد والارش واما عنده فعنه روايتان في رواية كقولهما فلا يرجع اذا علم باستحقاق يده او نفسه
قال المصنف تبعا لشمس الايمة الصحيح انه يرجع وان علم بسرقته او اباحة دمه وقت البيع او القبض لان
هذا بمنزلة الاستحقاق من وجه والعيب من وجه فلشبهه بالاستحقاق قلنا يرجع بكل الثمن اذا لم
يعلم به ولشبهه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بالشبهين ونظر فيه بعضهم بان هذا عيب
لانه موجب لنقصان الثمن وكونه اجري مجرى الاستحقاق لا يخرجه عن كونه عيبا قوله ومن باع
عبدا الى اخره ليس العبد بقيد فان البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرا البايع
به من كل عيب كاين وقت البيع معلوم له او غير معلوم ومن كل عيب يحدث الى وقت القبض ايضا
خلافا لمحمد في الحادث. واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به لا يدخل الحادث في
البراءة وللشافعي قول كقولنا وقول انه لا يبرا من عيب اصلا. وثالثها وهو الاصح ويروى عن
مالك يبرا البايع في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي ان ابن عمر رضي الله عنهما باع عبدا
من زيد بن ثابت بشرط البراءة فوجد زيد به عيبا فاراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا الى عثمان
رضي الله عنه فقال عثمان لابن عمر احلف انك لم تعلم بهذا العيب فقال لا فرده عليه. والفرق
ان كتمان المعلوم تلبيس بخلاف غير المعلوم. واما في غير الحيوان فلا يبرا من عيب ما فذكر المصنف خلافه
مطلقا هو احد اقواله قال وهو بناء على مذهبه ان الابراء عن الحقوق المجهولة لا يصح فنصب الخلاف
في المبني فقال هو يقول في الابراء معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد حتى لو ابرا من له الدين مديونه
فرده المديون لم يبرا وكذا لا يصح تعليق الابراء لما فيه من معنى التمليك وتمليك المجهول لا يصح
ولانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه لا يدري ان المبيع على اي صفة هو
ولانه شرط على خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه سلامة المبيع فهو كشرط عدم الملك. ولنا ان الابراء
اسقاط حتى يتم بلا قبول كالطلاق والعتاق بان طلق نسوته وعتق عبيده ولا يدري كم هم ولا اعيانهم
كان ورث عبيدا في غير بلده او زوجه وليه صغيرا فبلغ وهي في غير بلده ولذا لا يصح تمليك الاعيان
بلفظ الابراء ويصح الابراء بلفظ الاسقاط كان يقول اسقطت عنك ديني عليك والاسقاط لا تبطله
جهالة الساقط لان جهالته لا تفضي الى المنازعة وان كان في ضمنه التمليك فاظهرنا اثره في صحة رده وعدم
تعليقه بالشرط فانتفى المانع ووجد المقتضي وهو تصرف العاقل البالغ باسقاط حقوقه بخلاف التمليك
فان جهالة المملك فيه تمنع من التسليم فلا تترتب فايدة التصرف عليه اما الاسقاط فان الساقط يتلاشى
فلا يحتاج الى التسليم فظهر ان المبطل لتمليك المجهول ليس الجهالة بل عدم القدرة على التسليم ولذا جاز بيع
قفيز من صبرة وانما امتنع بيع شاة من قطيع للمنازعة في تعيين ما يسلمه للتفاوت واما عدم الصحة

في قوله ابرأت احدكما لجهالة من له الحق كما لم يصح قوله لرجل علي الف وصح لفلان علي شيء ويلزم بالتعيين علي
ان من المشايخ من اجازه والزمه بالتعيين كطلاق احدى زوجته وجه المختار ان الطلاق بعد وقوعه
لا جهالة فيه وكذا العتاق ومن له الحق لانه الله تبارك وتعالى ولذلك اتفقنا على ابطاله لم يبطل ويدل
على ما قلنا حديث علي رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم ليصالح بين بني خزيمة وقال انه صلى الله
عليه وسلم بعث اولا خالد بن الوليد فقتل منهم قتلى بعدما اعتصموا بالسجود فدفع صلى الله عليه وسلم
الى علي مالا فوداهم حتى ميلغة الكلب وبقي في يده مال فقال هذا لكم بما لا تعلمون ولا يعلمه رسول الله صلى الله
عليه وسلم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسر به وهو دليل جواز الصلح على الحقوق المجهولة
وروي ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث درست فقال صلى الله عليه وسلم
استهما وتوخيا الحق وليحلل كل واحد منكما صاحبه وفيه اجماع علماء المسلمين لان من حضره الموت في كافة
الاعصار استحل من معامليه من غير نكير والمعنى الفقهي ما ذكرنا والعدور والله اعلم ايهام خلاف الثابت
ومنه ولد المغرور للمغرور بحرية امرأة ليتزوجها وليست حرة وحين شرط البراءة من العيوب فقد نبهه
على ايهام العيوب وبقاه في يده فلم يغره وقوله شرطنا في مقتضى العقد وهو السلامة قلنا يوافق مقتضاه
وهو اللزوم وكون السلامة مقتضاه ان اريد العقد المطلق سلمناه او المقيد بشرط البراءة من العيوب
ان كانت منعناه والا لم ان لا يصح شرط البراءة من العيوب المسماة ان ظهرت وجوازه اتفاق وقوله
ويدخل في هذه البراءة يعني البراءة المذكورة في الكتاب فان الاشارة اليها وهي البراءة من كل عيب واحترز بالاشارة
المذكورة عن البراءة من كل عيب به وقد ذكرنا انه لا يبرأ عن العيب الحادث بالاجماع والمراد بقوله في قول
لابي يوسف ظاهر الرواية عنه وهو قول ابي حنيفة وقال محمد لا يدخل فيه الحادث وهو قول الحسن
ابن زياد والشافعي ومالك ورواية عن ابي يوسف لان البراءة تتناول الثابت فينصرف الى الموجود
عند العقد فقط ولابي يوسف ان الملاحظ هو المعنى والغرض ومعلوم ان الغرض من الشرط الزام
العقد باسقاط المشتري حقه عن وصف السلامة ليلزم على كل حال ولا يطالب البائع بحال وذلك
بالبراءة عن كل عيب يوجب للمشتري الرد والحادث بعد العقد كذلك فاقتضى الغرض المعلوم دخوله
واورد انه ذكر في شرح الطحاوي انه لو صرح بالبراءة من العيب الحادث لم يصح بالاجماع فكيف يصح من ابي يوسف
ادخال الحادث بلا تنصيص وهو مع التنصيص عليه يبطله اجيب بمنع انه اجماع بل في الذخيرة
اذا باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف خلافا لمحمد وذكر
في المبسوط في موضع آخر لا رواية عن ابي يوسف فيما اذا نص على البراءة من كل عيب حادث ثم قال
وقيل ذلك يصح عنده باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد ولئن سلمنا ان بالفرق
ان الحادث يدخل تبعا لتقرير غرضهما وكم من شيء لا يثبت مقصودا ويثبت تبعا ولو اختلفا في عيب
انه حادث بعد العقد او كان عنده لا اثر له ههنا عند ابي يوسف وعند محمد القول قول البائع مع
يمينه على العلم انه حادث لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت حق الفسخ لعيب
حدث باطل فاذا ادعى باطنا ليزيل به ظاهرا لا يصدق الا بحجة وعند زفر القول للمشتري لانه هو المسقط
لحقه فالقول في بيان ما اسقط قوله **فروع** جمعها في الدراية شرط البراءة من كل عيب به او
ضربا من العيوب لم ينصرف الى الحادث بالاجماع ويصح تخصيصه ولو شرطها من عيب واحد كشجة فحدث

عند المشتري عيب او موت فاطلع على عيب آخر كشجة اخرى فاراد ان يرجع بالنقصان لامتناع الرد
بالعيب الحادث اعتبر ابو يوسف نفع حصول البراءة للبائع فجعل الخيار في تعيين العيب الذي يرد به
اليه وجعله محمد للمشتري فيرد بايهما شاء ولا يخفى ان هذا اذا لم يعين الشجة المشتري منهما عند البيع
بل ابرأه من شجة به او عيب ولو ابرأه من كل غائلة فهي السرقة والاباق والفجور وكذا روي عن ابي يوسف
ولو ابرأه من كل داء فعن ابي حنيفة الداء ما في الباطن في العادة وما سواه يسمى مرضا وقال ابو يوسف
يتناول الكل وتقدم اول الباب ذلك وفي جمع التفاريق قطع الاصبع عيب والاصبعين عيبان والاصابع
مع الكف عيب واحد ولو قبل في الثوب بعيوبه يبرأ من الخروق وتدخل الرقع والرفو ولو تبرأ من كل سوداء
تدخل الحمراء والخضراء ومن كل قرح تدخل القروح الدامية وفي المحيط ابرأتك من كل عيب بعينه فاذا
هو اعور لا يبرأ الا انه عينها لا عيب بها ولو قال انا بريء من كل عيب الا الاباق بريء من اباقه ولو قال الا الاباق
فله الرد بالاباق ولو قال انت بريء من كل حق لي قبلك دخل العيب هو المختار دون الدرك ولو قال المشتري
ليس به عيب لم يكن اقرارا بانتفاء العيوب حتى لو وجد به عيبا رده ولو عين فقال ليس بآبق صح اقراره
ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يدفع او يحط دينارا واجاز ولو دفعه المشتري ليرد لم يجز لانه ربا
وزوال العيب يبطل الصلح فيرد على البائع ما بدل او حط اذا زال ولو زال بعد خروجه عن ملكه لا يرد
ولو صالحه بعد الشراء من كل عيب بدرهم جاز وان لم يجد به عيبا ولو قال اشتريت منك العيوب لم يجز
وحذف الحروف او نقصها او النقط او الاعراب في المصحف عيب ولو وجد به عيبا فاصطلحا على ان يحط
كل عشرة ويأخذ الاجنبي بما وراء المحطوط ورضي الاجنبي بذلك جاز وجاز حط المشتري دون البائع
ولو قصر المشتري الثوب فاذا هو متخرق وقال المشتري لا ادري تخرق عند القصار او عند البائع فاصطلحوا
على ان يقبله المشتري ويرد عليه القصار درهما والبائع درهما جاز وكذا لو اصطلحا على ان يقبله البائع
ويدفع له القصار درهما ويترك المشتري قيل هذا غلط وتأويله ان يضمن القصار اولا للمشتري ثم يدفع
المشتري ذلك الى البائع وفي المجتبى ادخل المشتري القدوم في النار او حد الشفار او حلب الشاة او البقرة
لم يرد سواء كان في المصراة او غيرها وفي المصراة يرد بقلة اللبن عند الشافعي ومالك واحمد وزفر ورواية
عن ابي يوسف والمصراة شاة ونحوها شد ضرعها ليجتمع لبنها ليظن المشتري انها كثيرة اللبن فاذا حلبها
ليس له ردها عندنا وهل يرجع بالنقصان في رواية الكرخي لا وفي رواية شرح الطحاوي يرجع لفوات وصف
مرغوب فيه بعد حدوث زيادة منفصلة وقيل لو اختيرت هذه للفتوى كان حسنا لغرور المشتري
بالتصرية ولو اغتر بقول البائع هي حلوب فتبين خلافه بعد الولادة يرجع فكذا هنا ولو وقف الارض او
جعلها مسجدا ثم اطلع على عيب امتنع الرد والرجوع بالارش عند محمد وعند ابي يوسف يرجع بالارش ولو
اشترى ضيعة مع غلاتها فوجدها معيبة ردها في الحال لانه ان اجمع غلاتها فهو رضا وان تركها يزداد
العيب فيمتنع الرد

باب البيع الفاسد

البيع جائز وغير جائز والجائز ثلاثة
انواع بيع الدين بالعين وهو السلم وبيع العين بالعين وهو المقايضة وبيع العين بالدين وهو البيع
المطلق وغير الجائز ثلاثة باطل وهو بيع ما ليس بمال كالخمر والمدبر والمعتق ومن كالسمن في اللبن وغير معدود
التسليم كالآبق وموقوف حصره في الخلاصة في خمسة عشر بيع العبد والصبي المحجورين اي موقوف على اجازة المولى
والاب او الوصي وبيع غير الرشيد موقوف على اجازة القاضي وبيع المرهون والمستأجر وما في مزارعة الغير

يتوقف على اجازة المرتهن والمستاجر والمزارع فلو نقضا نفذا الاجارة او رد الراهن لو قضاه او ابرا الزمه ان يسلمه
للمشتري وكذا بيع البايع المبيع بعد القبض من غير المشتري يتوقف على اجازة المشتري وقبل القبض في المنقول لا ينعقد
اصلا حتى لو نقضا نفذا لا ينعقد وفي العقار على الخلاف المعروف وبيع المرتد عند ابي حنيفة والبيع برقمه وبما باع
فلان والمشتري لا يعلم موقوف على العلم في المجلس وبيع فيه خيار المجلس وبمثل ما يبيع الناس به وبمثل ما اخذ به
فلان وبيع المال المغصوب ذكره محمد ان اقر الغاصب او جحد وللمغصوب منه بينة تم البيع وبيع مال الغير
ولنتم ما يتعلق بالمرهون والمستاجر والمغصوب ذكر انه اذا رجع الرهن والمستاجر الى الراهن والموجر بفسخ
او بغيره يتم البيع وكذا اذا اجاز المستاجر والمرتهن فان لم يجيزا وطلب من المشتري من الحاكم فسخ العقد فسخه
وللمشتري الخيار اذا لم يعلم الرهن والاجارة وقت البيع وكذا ان علم عند محمد وعند ابي يوسف ان علم ليس له
حق الفسخ قيل ظاهر الرواية قول محمد وقيل بل قول ابي يوسف وليس للمستاجر حق فسخ البيع بالاخلاف وفي
المرتهن خلاف المشايخ وليس للراهن والموجر حق الفسخ ولو هلك المغصوب قبل التسليم انتقض البيع وهو الاصح
وقيل لا لانه اخلف بدلا وروى بشر عن محمد وابن سماعة عن ابي يوسف انه يجوز ويقوم المشتري مقام المالك
في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان وتقدم ان المزارعة والاجارة سواء ادعى كان البذر منه او لا فان اجاز
فلا اجر لعمله وفي النوازل فلو اجازه المزارع فكلا النصيبين للمشتري وكذا في الكرم وان كانت الارض فارغة
في المزارعة ولم تظهر الثمار في الكرم جاز البيع وبه اخذ المرغيناني ذكره في المجتبى ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد
انه الموصل الى تمام المقصود سلامة الدين التي لها شرعت العقود لتندفع التغالب والوصول الى دفع الحاجة
الدنيوية وكل منهما بالصحة واما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان افاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا
يفيد تمامه اذ لم ينقطع به البايع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد
في قوله باب البيع الفاسد وقوله اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد
والباطل فالشارحون على ان ذلك الفاسد اعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل باصله والباطل غير
المشروع بواحد منهما ولا شك انه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي
انه يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول انه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة
الملك بطريقه والباطل لا يفيده اصلا فقابلوه به واعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما وايضا فانه ماخوذ
في مفهومه او لازم له انه مشروع باصله لا وصفه وفي الباطل مشروع باصله فبينهما تباين فان المشروع باصله
وغير المشروع باصله متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا ان يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع
باصله لا بوصفه في العرف لكن يجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى
اللغوي ولذا وجه بعضهم الاعمية بانه يقال اللحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا
انتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا ادخل بعضهم ايضا في البيع الفاسد لشموله
المكروه لانه فايت وصف الكمال بسبب وصف مجاور ثم الفساد بالمعنى الذي يعم الباطل يثبت باسباب منها
الجهالة المفضية الى المنازعة في المبيع او الثمن فيخرج نحو جهالة كيل قفزان الصبرة وعدد الدراهم فيما اذا
بيع صبرة طعام بصبرة دراهم وبعدم ملك المبيع للبايع والفساد بمعنى البطلان لا في السلم او مع الملك لكن
قبل قبضه ومنها العجز عن التسليم او التسليم بضرر كجذع من سقف ومنها الغرر كضربة القانص والشرط الفاسد
خلاف الصحيح وتدخل فيه صفقتان في صفقة كبيعه كذا على ان يبيعه كذا والاتباع مقصودا كحمل الحبلة

تدخل في عدم الملك وبيع الاوصاف كالية شاة حية يرجع الى ما في تسليمه ضرر اذ لا يمكن شرعا الا
بذبحها اذ في قطعها حية عجز عن التسليم لانها تصير ميتة يبطل بيعها وكون البيع من البايع بما هو من جنس
ثمن المبتاع به وهو اقل منه قبل نقد الثمن وعدم التعيين في بيع كبيع هذا بقفيز حنطة او شعير
لدخوله في جهالة الثمن **قوله** اذا كان احد العوضين وكلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم
والخنزير والخمر وكذا اذا كان احدهما غير مملوك كالحر هذا لفظ القدوري وقد ذكرنا ان لفظ
فاسد يراد به ما هو اعم من الباطل لان احد العوضين يصدق على كل من المبيع والثمن اما حقيقة او تغليبا
بناء على ان العوض خاص بالمبيع لانه يراد به المعوض ولا شك ان المبيع اذا كان محرما فان كان مما لا فالبيع باطل
كالحر وكذا الثمن اذا كان محرما ميتة فهو باطل فلذا قال المصنف رحمه الله هذه فصول جمعها اي في حكم
واحد وهو الفساد والواقع ان فيها تفصيلا يعني ليس كلها فاسدا فان منها ما هو باطل وهذا مما يبين
لك ان المعروف في عرف فقهائنا التباين بين الفاسد والباطل فان الاعم لا ينفي عن الاخص قال فنقول البيع بالميتة
والدم باطل لا فاسد باجماع علماء الامصار وكذا بالحر بان يجعل الميتة والحر ثمنا للثوب مثلا وذلك لانعدام
ركن البيع الذي هو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشيا لا تعد مالا عند احد يعني ممن له دين سماوي فلذا
كان البيع بالحر باطلا وان كان مما لا يعد عند بعض الناس واما البيع بالخمر والخنزير ففاسد لوجود حقيقة البيع وهو
مبادلة المال بالمال فانه اي كلا من الخمر والخنزير مال عند البعض وهم اهل الذمة كما سيصرح به في وجه الفرق
حيث قال مال عند اهل الذمة لحلها عندهم وهذا من المصنف يفيد انتفاء المالية عنها بالكلية في شرعنا
وهو كذلك غاية الامر لا الاصطلاح على تسمية البيع بثمن هو مال في بعض الاديان فاسد وبما ليس مالا
في دين سماوي باطل وهذا سهل وانما الاشكال في جعل حكمه الملك قلنا فيه نظر نذكره ان شاء الله تعالى
ثم قال اما بيع الخمر والخنزير يعني اذا جعلا مبيعا فان كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل وان كان
بعين بيع المقايضة ففاسد والفرق ان الخمر مال في الجملة في شرع ثم امر باهانتها في شرع اخر نسخ الاول
وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له حيث اعتبر المقصود من تصرف العقلاء بخلاف جعله ثمنا واذا
بطل كون الخمر مبيعا فلان يبطل اذا جعل الميتة والحر مبيعا اولى ومقتضى هذا ان يبطل في المقايضة
بطريق اولى لان كلا منهما مبيع لكن لما كان كل منهما ثمنا ايضا كما ان كلا منهما مبيع ثبت صحة اعتبار الثمنية
والمبيعة في كل منهما فاعتبر الخمر ثمنا والثوب مبيعا والعكس وان كان ممكنا لكن ترجح هذا الاعتبار لما فيه
من الاحتياط للعزيمة بتصحيح تصرف العقلاء المكلفين باعتبار الاعزاز للثوب مثلا ففي كون الخمر معتبرا
لاعزاز الثوب لا الثوب للخمر فوجبت قيمة الثوب لا الخمر ولا فرق بين ان تدخل البا على الثوب او الخمر في
جعل الثوب المبيع وجه البطلان في بيع هذه الاشيا النص لقوله صلى الله عليه وسلم عن الله تعالى
ثلثة انا خصمهم يوم القيمة رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى
منه ولم يعطه اجره ومعنى اعطى بي اعطى ذمة من الذمامات ذكره في صحيح البخاري وقوله صلى الله عليه وسلم
في الصحيح لعن الله الخمر الى ان قال وبايعها وفي الصحيحين لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها
فاكلوا ثمنها وحديث ان الله تعالى اذا حرم شيا حرم ثمنه واما الاجماع فظاهر ثم المراد بالميتة التي تبطل
العقد بها وعليها التي ماتت حتف انفها اما المنخنقة والموقوذة فهي وان كانت في حكم الميتة شرعا فانا
نحكم بجوازها اذا وقعت بينهم لانها مال عندهم كالخمر كذا ذكره المصنف في التجنيس مطلقا عن الخلاف وفي

جامع الكرخي يجوز بيعهم وعند ابي يوسف خلافا لمحمد. وجه قول محمد ان احكامهم كاحكامنا شرعا الا ما
استثنى بعقد الامان والذي استثنى الخمر والخنزير فيبقى ما سوى ذلك على الاصل واتفق الرواة عن ابي حنيفة
ان بيع الاشربة المحرمة يجوز الا الخمر وسمعا جواز كل ما حرم شربه وثبوت الضمان على القولين فرع الاختلاف
في جواز البيع وقوله في الذخيرة في التتمة ونحوها البيع فاسد لا باطل صحيح لانها وان كانت ميتة عندنا
فهي مال عند اهل الذمة فيجب ان البيع فاسد فكانت كالخمر ثم الباطل لا ينعقد ملك التصرف ولو هلك
المبيع في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ وهو ابو نصر احمد الطواويسي وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة لان العقد غير معتبر فبقي مجرد القبض باذن المالك وذلك لا يوجب الضمان وعند
البعض كشمس الائمة السرخسي وغيره يكون مضمونا بالمثل او القيمة وهو قول الائمة الثلثة لانه لا يكون ادنى
حالا من المقبوض على سوم الشرا. وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله. والثاني قولهما كالخلاف الكائن بينهم
في ام الولد والمدبر اذا بيعا فماتا عند المشتري لا يضمنهما عند ابي حنيفة ويضمنهما عندهما والمقبوض
على سوم الشرا هو الماخوذ للمشتري مع تسمية الثمن بلا ابرام بيع كان يقول اذهب بهذا فان رضيته
اشتريته بعشرة فاذا هلك ضمن قيمته فاذا ضمن هذا مع انه لم يوجد فيه صورة العلة فلان يضمن فيما
نحن فيه مع انه وجد ذلك اولى ولمن نصر المروي عنه من عدم الضمان ان الضمان في المقبوض على سوم
الشرا ان قلت انه عند صحة كون المسمى ثمنا كالدراهم على ما ذكرنا من قوله ان رضيته اشتريته بعشرة سلمناه
وهو منتف في تسمية المحرم كالخمر وان قلت عند التسمية مطلقا منعناه فيجب التفصيل وهو انه ان كان البطلان
لعدم مالية الثمن اصلا لا يضمن وان كان للعدم كما لو باعه على انه ياقوت فاذا هو زجاج بثمن صحيح دراهم
مثلا فقبضه يصير مضمونا والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان القبض باذن المالك
باتفاق الروايات فيملكه ويصير مضمونا عليه بالمثل ان كان مثليا او القيمة وكذا اذا قبضه في مجلس
العقد بغير اذنه على الصحيح وفي غير مجلس العقد هل يملكه سياتي تمام هذه المسائل في احكام البيع الفاسد
وكذا الخلاف في ان المملوك التصرف او العين ووجه لزوم القيمة وما عليه من الاشكال وقوله وما
فيه اي في ثبوت الملك بالقبض في البيع الفاسد خلافا للشافعي وكذا لمالك واحمد باعتبار ان الفاسد
هو عندهم الباطل وسيبينه المصنف في فصل احكام البيع الفاسد اي سيبين الوجه من الجانبين قوله
وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد هو لفظ القدوري قال المصنف ومعناه باطل لان استحقاق
الحرية بالعتق ثابت لكل منهم بجهة لازمة على المولى بقوله صلى الله عليه وسلم في ام الولد اعتقها ولدها
واقل ما يقتضيه هذا اللفظ ثبوت استحقاقها العتق على وجه اللزوم وتصحيح التدبير شرعا وصحته
يوجب انعقاد التدبير سببا للعتق في الحال لانتفاء اهلية الاعتاق عن السيد بعد موته والاجماع على
عتقه بعده بذلك اللفظ فكان ذلك اللفظ سببا في الحال والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق
المولى حتى لا يملك فسخ الكتابة فلو ثبت الملك للمشتري بالبيع بطل ذلك كله فلا يجوز البيع وما لا يفيد الملك
من البيع فهو باطل وذكر في الاصل حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق
امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث اعتقها ولدها تقدم في باب الاستيلاد او
كان اقل ما يوجبه هذا اللفظ ثبوت استحقاق الحرية على وجه لازم والمجاز مراد منه بالاجماع ولو رضي
المكاتب فيه روايتان والاظهر جواز بيعه وينفسخ الكتابة في ضمنه لان اللزوم كان لحقه وقد رضي باسقاطه

والمراد

والمراد بالمدبر المدبر المطلق وتقدم خلاف الشافعي رحمه الله تعالى في جواز بيعه في كتاب العتاق اما
المقيد فجواز بيعه اتفاق واستشكل حكم المصنف بان بيع المدبر واخويه باطل فانه يوجب كونهم كالحر
ولو كانوا كالحر لبطل بيع القن اذا جمع مع مدبر او ام ولد او مكاتب كما اذا ضم الى حر وهو منتف بل يصح
بيع القن ويلزم مشتريه بما حصته من الثمن المسمى واجيب بان المراد من قوله باطل انهم لا يملكون بالقبض
كما لا يملك الحر فكانوا مثله فلو قال فاسد ظن انهم يملكون واما تملك القن المضموم اليهم فلدخولهم في
البيع لصلاحيتهم لذلك بدليل جواز بيع المدبر من نفسه ولذا لو قضى قاض بجواز بيعه نفذ وكذا ام الولد
عند ابي حنيفة وابي يوسف في اصح الروايتين وهذا الجواب مما يوهم انه بيع فاسد ولكنه خص حكم الفاسد
بعدم الملك بالقبض والحق انه لا حاجة الى الحكم بتخصيص فهو باطل وحكمه حكمه وجاز ان يختلف
افراد نوع شرعي في الحكم الشرعي لخصوصية. فان قيل التخصيص لازم على كل حال فانه ان كان فاسدا فلا يملك
بالقبض فهو تخصيص وان كان باطلا فهو يدخل في البيع حتى ملك القن المضموم اليه وهذا تخصيص للباطل
فليكن فاسدا مخصوصا من حكم الفاسد فلا حاجة الى تاويله بالباطل. قلنا نحن لم نعط حكم الباطل انه لا
يدخل في العقد بوجه ليلزم تخصيصه وتحقق اللازم على تقديرنا وبل الفاسد بالباطل وعدمه انما
قلنا حكمه ان لا يملك بالقبض غاية الامر انه اتفق ان بعض ما هو مبيع باطل يدخل في العقد كالمدبر وبعضه
لا يدخل كالحر واصل السؤال فاسد لانه مغالطة لان قوله في الكبرى ولو كان كالحر لم يملك القن المضموم
اليه ممنوع وانما يلزم لو كان مثله من كل الوجوه وهو منتف فصار حاصل الصورة لو كان باطلا كان كالحر
في بعض الوجوه ولو كان مثله في بعض الوجوه لم يملك القن المضموم وحينئذ فعدم الاستلزام ظاهر
قوله وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما
للبائع وقولهما هذا رواية عنه وفي النهاية ان الروايتين عنه في المدبر اما ام الولد فباتفاق الروايات
عنه لا يضمن المشتري ولا الغاصب اذ لا تقوم لام الولد عنده وانما تضمن الصبي الحر اذا غصب ومعناه
انه اذا نقلها الى ارض مسبعة او كثيرة الحيات فماتت بنهش حية او افتراس سبع فيها الدية على عاقلة الغاصب
كما هو في غصب الصبي بشرطه اما المدبر فيضمن في البيع والغصب على روايتهما هذه لهما في ضمان المدبر
وام الولد انهما مقبوضان بجهة البيع فيكونان مضمونين عليه بالقبض كسائر الاموال المقبوضة على سوم
الشرا وهذا اي كونهما مقبوضين بجهة البيع بسبب انهما يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما
يصح تملكه وتمليكه واذا قبض بعد لفظ العقد عليه وهو فيما يصح ان يباع في الجملة على ما ذكرناه من قريب
فهو مقبوض بجهة البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه لانه حر يدا فلا يضمن بقبضه على احدى
الروايتين اعني لا يبطل بيعه وان دخل تحت البيع اذا ضم اليه القن فلا يتحقق في حقه القبض وهذا التمام
بالقبض وقد يجعل المشار اليه بقوله وهذا كونهما مضمونين بالقبض وما صرنا اليه احسن ان شاء الله
تعالى لان المذكور بعده تعليل للمشار اليه وكونهما مضمونين بالقبض يصح تعليله بما قبله من كونهما مقبوضين
بجهة البيع فيناسب كون التعليل لما لم يعلل اذا صلح له وهو صالح بل انسب به ليس الا عليه فانه دعوى
انه مقبوض بجهة البيع ببيان انه يدخل تحت البيع واما كونه مقبوضا فعرض ووقوعه حسا واما تفسير
المقبوض بجهة البيع بانه المقبوض ليشتري بعد القبض ان وافقه فلو صح لزم ان لا يضمنا لانهما لم يقبضا
ليشتري بعد القبض ان وافقا بل قبضا بعد المواضعة واتمام البيع بزعمهما فالمذكور تفسير المقبوض على

سوم الشرا فلا يكونان مقبوضين بجهة البيع فلا يضمنان فالحق ان المقبوض اعم من ذلك وهو مما صدقات
المقبوض بجهة البيع فالمقبوض بجهة البيع يصدق على المقبوض في البيع الصحيح والفاسد والباطل وعلى سوم
الشرا وذلك التفسير يخص المقبوض على سوم الشرا وما نحن فيه ليس مقبوضا على سوم الشرا والاصار
الاصل عين الفرع فالمقبوض على سوم الشرا هو الاصل فيما نحن فيه والمقبوض بالعقد الباطل هو الفرع الملحق
وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقة البيع فيما يقبل حقيقته اي حقيقة حكمه وهو الملك لان ضمان القيمة
في البيع انما هو مقابل بملك المبيع فلا بد من اعتبار جهة البيع ولا ملك متصور هنا مع اعتبار جهته فبقي مجرد
قبض باذن المالك فلو اوجبناها كان بعد وانا محضا بخلاف ضمان الغصب في المدبر عنده فانه لا يستدعي
ذلك الاعتبار فكان بمجرد القبض بغير اذن المالك وهنا الاذن موجود ودخولها في البيع ليس الا ليثبت
حكمه فيما يضم اليهما فقط مع انتفاء المانع وهو عدم الصلاحية لما ذكرنا من ثبوتها من قريب فصار كال
المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ويدخل اذا ضم البايع اليه مال نفسه وباعهما له صفقة واحدة حيث
يجوز البيع في المضموم بالحصة من الثمن المسمى على الاصح وان كان قد قيل انه لا يصح اصلا في شيء واذا قسم الثمن على
قيمتي المضموم وام الولد والمدبر فاعلم ان قيمة ام الولد ثلث قيمتها قنة وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا وقيل
نصفها وبه يفتى وتقدم كل ذلك في العتاق قوله ولا يجوز بيع السمك في الماء بيع السمك في البحر او النهر
لا يجوز فان كانت له حظيرة فدخلها السمك فاما ان يكون اعدها لذلك اولا فان كان اعدها لذلك فما دخلها
ملكه وليس لاحد ان ياخذه ثم ان كان يوخذ بغير حيلة اصطياد جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم
مثل السمكة في جب وان لم يكن يوخذ الا بحيلة لا يجوز بيعه لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع وان لم
يكن اعدها لذلك لا يملك ما يدخل فيها فلا يجوز بيعه لعدم الملك الا ان يسد الحظيرة اذا دخل فحينئذ
يملكه ثم بعد ان كان يوخذ بلا حيلة جاز بيعه والا لا يجوز ولو لم يعدها لذلك ولكنه اخذه ثم ارسله
في الحظيرة فان كان يوخذ بلا حيلة جاز بيعه لانه مملوك مقدور التسليم او بحيلة لم يجز لانه ان كان مملوكا
فليس مقدور التسلم وقال ابو يوسف في كتاب الخراج رخص في بيع السمك في الاجام اقوام فكان الصواب
عندنا في قول عكرمة حدثنا العلا بن المسيب بن رافع عن الحارث العكلي عن عمر بن الخطاب قال لا تبايعوا
السمك في الما فانه غرر واخرج مثله عن ابن مسعود ومعلوم ان الاجمة قد يوخذ منها السمك باليد والغرر
الخطر وغير المملوك على خطر ثبوت الملك وعدمه فلذا جعل من بيع الخطر فروع من مسايل التجنيس
حفر حفيرة فوقع فيها صيد فان كان اعدها للصيد ملكه وليس لاحد اخذه وان لم يعدها له فهو لمن اخذه
نصب الشبكة للصيد فتعقل بها صيد ملكه فلو كان نصبها لتجفيفها من بلل فتعقل بها لا يملكه وهو لمن
ياخذه الا ان يأتي فيحوزه ومثله اذا هيا حجرة لوقوع النثار فيه ملك ما يقع فيه ولو وقع في حجره ولم
يكن هياه لذلك فلواحد ان يسبق فياخذه ما لم يكف حجره عليه وكذا من هيا مكانا للسرقين فله ما
طرح فيه عند البعض وفي فتاوي الفضلي خلاف هذا قال اهل سكة يرمون في ساحة رجل الرماد
والتراب والسرقين هو لمن يسبق سواء هيا المكان له اولا اما النحل اذا عسل في ارض انسان فهو له بكل حال
لانه ليس صيدا بل قايم بارضه كالشجر والزرع والبيض كالصيد وكذا الفرخ لا يملك الا باعداد المكان
لذلك قوله ولا بيع الطير في الهوا لانه قبل اخذه غير مملوك وبعد اخذه وارساله غير مقدور التسليم
عقيب العقد ثم لو قدر على التسليم بعد ذلك لا يعود الى الجواز عند مشايخ بلخ وعلى قول الكرخي يعود

وكذا عن الطحاوي وكذا الحكم فيما اذا جعل الطير ثمنا لان العين المجعولة ثمنا مبيع في حق صاحبه وذكر التمرتاشي
لو باع طيرا يذهب ويجي كالحمام فالظاهر انه لا يجوز وفي فتاوي قاضي خان وان باع طيرا له يطير ان كان
داجنا تعود الى بيته ويقدر على اخذه بلا تكلف جاز بيعه والا فلا وقول المصنف فيما ياتي والحمام
اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها لانه مقدور التسليم يوافقه قوله ولا بيع الحمل بسكون
الميم ما في البطن من الجنين ولا النتاج لما في الصحيحين والسنن عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع حبل الحبلة وكان بيعا يتبايعه اهل الجاهلية كان الرجل يبتاع الجزور الى ان تنتج الناقة
ثم تنتج التي في بطنها وفي الموطا انبانا ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال لا ربا في الحيوان وانما نهي
من الحيوان عن ثلث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة وانما بطل هذا البيع للغرر فعسى ان لا تلد تلك
الناقة او تموت قبل ذلك واما باللفظ الذي ذكره المصنف عن بيع الحبل وحبل الحبلة فغير معروف والملاقيح
ما في الارحام جمع ملقوح والمضامين ما في الاصلاب وقيل بالعكس جمع مضمون لتضمن الناقة ولدها ملقوح
به الا انهم استعملوه بلا با يقال وضمن الشيء اي تضمنه قوله ولا اللبن يجوز بالجر عطفا على المضاف
اليه وتقدير المضاف والرفع على اقامته مقام المضاف للغرر فلعله انتفاخ وبه قال الشافعي واحمد
واجازه مالك اياما معلومة اذا عرف قدر حلابها ويكون تسليمه بالتخلية كبيع الثمر على رؤس النخل وهو
مردود بالنهي عن بيع الغرر ولانه يتنازع في كيفية الحلب في الاستقصاء وعدمه وهو نزاع في التسليم
والسلم وما وضعت الاسباب الا لقطعه فبطل قول مالك لذلك ولجواز ان يحدث لبن قبل الحلب فيختلط
مال البايع بمال المشتري على وجه يعجز عن التخليص قوله ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان لانه
يقوم به اولانه غير المقصود من الشاة فكان كالوصف من الذات وهو لا يفرد بالبيع ولانه ينبت من اسفل
ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز بخلاف القوايم اي قوايم الخلاف لانها تزيد من
اعلاها ويعرف ذلك بان توضع في مكان من القايمة علامة فانها بعد ذلك تصير اسفل وترتفع عنها راس
القايمة وترتفع غيرها مما يزيد من اسفل فالزايد يكون على ملك المشتري وقال الامام الفضلي الصحيح عندي
ان بيع قوايم الخلاف لا يجوز لانه وان كان ينمو من اعلاه فموضع القطع مجهول فهو كمن اشترى شجرة على ان
يقطعها المشتري لا يجوز لجهالة موضع القطع وما ذكر من منع بيع الشجر ليس متفقا عليه بل هي خلافية منهم
من منعها اذ لا بد في القطع من حفر الارض ومنهم من اجازها للتعامل بخلاف الفصيل لانه يقلع فلا تنازع تجاذب
بيعه قايما في الارض قال المصنف وقد صح انه صلى الله عليه وسلم نهى الى اخره وذلك ان الطبراني قال
ثنا عثمان بن عمر الضبي ثنا حفص بن عمر الحوضي ثنا عمر بن فروخ ثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس
قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع واخرجه
الدارقطني والبيهقي عن عمر بن فروخ قال الدارقطني وارسله وكيع عن عمر بن فروخ ولم يذكر ابن عباس وهذا السند
حجة وقول البيهقي تفرد برفعه عمر بن فروخ وليس بالقوي لا يضره فانه ان كان كما قال فالمرسل حجة كالمرفوع
لكن الحق خلاف ما قال في تضعيفه ابن فروخ فقد نقل الذهبي توثيق عمر بن فروخ عن ايمة الشان كابي داود
وابن معين وابي حاتم والرفع زيادة وهي من الثقة مقبولة ورواه ابو داود في مراسيله عن عكرمة عن النبي
صلى الله عليه وسلم ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عنه عليه الصلوة والسلام انه نهى ان يباع
لبن في ضرع او سمن في لبن ورواه الدارقطني في سننه عن وكيع عن عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة

عن النبي صلى الله عليه وسلم بلفظ ابن ابي شيبة ورُوي مرة موقوفا على ابن عباس في مراسيل ابي داود وكذا
رواه الشافعي رحمه الله عليه قال اخبرنا سعيد بن سالم عن موسى بن عبيدة عن سليمان بن يسار عن ابن عباس انه كان
ينهى عن بيع اللبن في ضروع الغنم والصوف على ظهورها فعرف بذلك ان كل ما بيع في غلافه لا يجوز كاللبن في الضرع
واللحم في الشاة الحية او شحمها او اليتها او اكارعها او جلودها او دقيق في هذه الحنطة او سمن في هذا اللبن
ونحو ذلك من الاشيا التي في خلقها لا يمكن اخذها وتسليمها الا بافساد الخلقة والحبوب في قشرها مستثنى
من ذلك اسلفناه والذهب والفضة في ترابهما بخلاف جنسهما والله الموفق **قوله** وجذع من سقف
بالجر اي لا يجوز بيع جذع من سقف وذراع من ثوب اي ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص اما ما لا يضره القطع
كالكرباس فيجوز وقول الطحاوي في آجر من حايط او ذراع من كرباس او ديباج لا يجوز ممنوع في الكرباس او محمول
على كرباس يتعيب به اما ما لا يتعيب به فيجوز كما يجوز بيع قفيز من صبرة وكذا لا يجوز بيع حلية من سيف او نصف
زرع لم يدرك لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع جميعه وكذا بيع فص خاتم مركب فيه ومثله نصيبه من ثوب مشترك
من غير شريكه وذراع من خشبة للزوم الضرر في التسليم في كل ذلك واورد عليه انه ضرر لزم البايع بالتزامه
اجيب بانه التزم العقد ولا ضرر فيه ولا يخفى ما فيه وقول فخر الاسلام ان رضي فله ان يرجع فيبطل البيع
الا ان يقطعه او يقلعه فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب صحيحا كذلك فان الرجوع لا يمكنه من اللزوم وهو التزام العقد
بما فيه من الضرر واما ايراد المحاباه فدفع بانه ليس فيها استهلاك مال الغير بيع الجباب التي لا تخرج الا بقلع
الابواب على قول من اجاز والبعض قد منعه **واجيب** بان المتعيب الجدران دون الجباب وهذا يفيد ان
المنظور اليه في المنع تعيب المبيع والكلام السابق يفيد انه تعيب غير المبيع وهو الظاهر والحق انه لا بد من سمع
حاكم بمنع هذا وما يلحق هذا به هو المعول عليه وذلك هو الحديث السابق من نهيه صلى الله عليه وسلم
عن بيع اللبن في الضرع والسمن في اللبن افاد ان المنع اذا كان لا يسلم المبيع الا بتعييبه وضرر بغير المبيع
فان اللبن يحلبه ضرر بتسليم الثمن واظهر من هذا ثبوت الاجماع على عدم جواز بيع اطراف الحيوان كيف شاء
واليتها ورجلها وهو معلل بما يلزم في التسليم من الضرر على البايع في المبيع فخرج بيع الجباب التي يحتاج في
تسليمها الى هدم اكتافها لا بوابا على من يصح بيعها **قوله** ولو لم يكن معينا يعني الجذع والذراع لا يجوز
لما ذكرنا من لزوم الضرر والجهالة ومعلوم ان هذا فيما يتعيب بالتبعيض وبخلاف بخلاف درهم من قطعة
نقرة ولو قلع البايع الجذع وقطع الذراع يعود العقد صحيحا لزوال المفسد قبل نقض البيع ولو فعل بعد
الفسخ لا يجوز وقوله بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البزر في البطيخ وكسرها وسلم البزر والنوى قبل الفسخ
لا يعود صحيحا لان الفساد للغرر اذ في وجودهما احتمال فكان كبيع بلا مبيع فوقع باطلا بخلاف الجذع فانه عين موجودة
قايمة وانما يفسد للزوم الضرر فاذا تحمله البايع وسلمه قبل الفسخ وقع التسليم في بيع صحيح لان الغرض ان البيع
قايم لكن بوصف الفساد فاذا زال المفسد قبل زوال البيع صار بالضرورة بيعا بلا فساد وهو معنى الصحيح
فهذا معنى قولهم انقلب صحيحا بخلاف الاول وقع باطلا وهو معنى المعدوم شرعا فليس هناك بيع قايم لبرزوك
المبطل فيبقى بيعا لا بطلان بل اذا زال المبطل بقي ملك المبيع بلا مانع من ايراد العقد الصحيح عليه وعدم المانع
من ايراد العقد الصحيح وايجاده ليس وجود البيع الصحيح ونوقض بعدم جواز البيع فيما اذا باع جلد شاة معينة
او كرشها او سواد بطنها فذبحها واعطاه فذلك بحث لا ينقلب جايزا مع انه تحمل الضرر بالذبح اجيب بان المنع
هناك لعلة اخرى غير لزوم الضرر في التسليم وهو كونه متصلا متضمنا له خلقة والنص منعه وهو النهي عن بيع

الصوف على الظهر واللبن في الضرع والسمن في اللبن وقد يقال لا اثر لذلك فيما فيه الكلام وهو انه
اذا زال المانع بالذبح والفصل كان قبل تناوله بعد الفصل النهي عنه قبل الفصل وحين وقع وقع منهيا
قلنا وكذا الجذع في السقف سوا **قوله** وضربة القانص بالرفع والجر على قياس ما تقدمه وهو الصايد يقول
بعتك ما يخرج من القا هذه الشبكة مرة بكذا وقيل بالغين اي الغايص قال في تهذيب الازهري نهى
عن ضربة الغايص وهو الغواص يقول اغوص غوصة فما اخرجته من اللآلي فهو لك بكذا وهو بيع باطل لعدم
ملك البايع المبيع قبل العقد فكان غررا وجهالة ما يخرج **قوله** وبيع المزابنة وهو بيع الثمر على
النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصا لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة في الصحيحين من حديث جابر
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة والمحاقلة وزاد مسلم في لفظ وزعم جابر ان المزابنة بيع الرطب
في النخل بالتمر كيلا والمحاقلة في الزرع على نحو ذلك الزرع القايم بالحب كيلا واخرج البخاري عن انس قال
نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة وقول المصنف
بمثل كيله خرصا الخرص الحزر وكذا العنب بالزبيب لا يجوز ومعنى النهي انه مال الربو فلا يجوز بيعه بجنسه مع
الجهل بتساويهما كما لو كانا موضوعين على الارض وقال الشافعي رحمه الله تجوز المزابنة بالتفسير الذي ذكرنا
فيما دون خمسة اوسق لما في الصحيحين من حديث ابي هريرة انه صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العرايا
وفي الصحيحين ايضا عن ابن عمر عن زيد بن ثابت رخص عليه السلام في بيع العرايا ان تباع بخرصها وفي
لفظ رخص في العرية ان توجد بمثل خرصها تمرا يأكلها رطبا ووافق الشافعي احمد في ذلك الا انه لم يبحها
الا للضرورة قال الطحاوي جات هذه الآثار وتواترت في الرخصة في بيع العرايا فقبلها اهل العلم
جميعا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكنهم تنازعوا في تأويلها فقال قوم العرايا ان يكون له النخلة او النخلتان
في وسط النخل الكثير لرجل اخر قالوا وكان اهل المدينة اذا كان وقت الثمار خرجوا باهليهم الى حوائطهم
فيجيء صاحب النخلة او النخلتين فيضر ذلك بصاحب النخل الكثير فرخص صلى الله عليه وسلم لصاحب الكثير
ان يعطيه خرص ما له من ذلك تمرا لينصرف هو واهله عنه وروي هذا عن مالك قال الطحاوي وكان
ابو حنيفة يقول سمعت احمد بن ابي عمران يذكر انه سمع من محمد بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال
معنى ذلك عندنا ان يعري الرجل الرجل نخلة من نخله فلا يسلم ذلك اليه حتى يبدو له فرخص له ان يحبس ذلك
ويعطيه مكانه بخرصه تمرا قال الطحاوي وهذا التاويل اشبه واولى مما قال مالك لان العرية انما
هي العطية الا ترى الى الذي مدح الانصار كيف مدحهم اذ يقول

ليست بسنهاء ولا رجبية ... ولكن عرايا في السنين الجوائح

اي انهم كانوا يعرون في السنين الجوائح اي يهبون ولو كانت كما قال مالك لما كانوا ممدوحين بها اذ كانوا يعطون
كما يعطون والحق ان قول مالك قول ابي حنيفة هكذا حكاه عنه محققو مذهبه واستدلوا عليه
بان العرية مشهورة بين اهل المدينة متداولة بينهم كذلك ثم على قولهم تكون العرية معناها النحلة ولا
يعرف ذلك في اللغة وتخصيص ما دون خمسة اوسق لانهم كانوا يعرون هذا المقدار وما قرب منه ومعنى
الرخصة هو رخصة ان يخرج من اخلاف الوعد الذي هو ثلث النفاق باعطاء هذا التمر خرصا وهو
غير الموعود دفعا للضرر عنه وكون اخلاف الوعد ثلث النفاق نقل عن عبد الله بن عمرو بن العاص
انه حين حضرته الوفاة قال زوجوا ابنتي من فلان فانه كان سبق اليه مني شبه الوعد فلا القى الله بثلث النفاق

وجعله ثلث الحديث عنه صلى الله عليه وسلم علامة المنافق ثلاث ان حدث كذب وان وعد اخلف
وان ائتمن خان • واما ما ذكر من تاويل العرية الامام موفق الدين روي محمود بن لبيد قال قلت لزيد
ابن ثابت ما عراياكم هذه فسمي رجالا محتاجين من الانصار شكوا الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب
ياتي ولا نقد بايديهم يبتاعون به رطبا ياكلونه وعندهم فضول من التمر فرخص لهم ان يبتاعوا العرية
بخرصها من التمر ياكلونه رطبا متفق عليه فقد وهم في ذلك فان هذا ليس في الصحيحين بل ولا في السنن
ولا في شي من الكتب المشهورة قال الامام الزيلعي مخرج الحديث ولم اجد له سندا بعد الفحص البالغ ولكن
الشافعي ذكره في كتابه في باب العرايا من غير اسناد **قوله** ولا يجوز البيع بالقاء الحجر والملامسة بلا
قوله وقد نهي النبي صلى الله عليه وسلم الي اخره في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم نهي عن الملامسة والمنابذة زاد مسلم اما الملامسة فان يلمس كل منهما ثوب صاحبه
بغير تامل فيلزم اللامس البيع من غير خيار له عند الرؤية وهذا بان يكون مثلا في ظلمة او يكون مطويا
مرئيا يتفقان على انه اذا لمسه فقد باعه منه وفساده لتعليق التمليك على انه متي لمسه وجب البيع
وسقط خيار المجلس والمنابذة ان ينبذ كل واحد منهما ثوبه الي الاخر ولم ينظر كل واحد منهما الي ثوب
صاحبه على جعل النبذ بيعا وهذه كانت بيوعا يتعارفونها في الجاهلية وكذا القاء الحجر ان يلقي حصاة
وثمه اثواب فاي ثوب وقع عليه كان المبيع بلا تامل ورؤية ولا خيار بعد ذلك ولا بد ان يسبق تراوض
على الثمن ولا فرق بين كون المبيع معينا فاذا تراوضا فالقاه اليه البايع لزم المشتري فليس له ان يقبل او
غير معين فما ذكرناه ومعني النهي كل من الجهالة وتعليق التمليك بالخطر فانه معني اذا وقع حجري على ثوب
فقد بعته منك او بعتنيه بكذا واذا نبذته اولمسته والسام من فعل من السوم سام البايع السلعة
عرضها للبيع وذكر ثمنها وسامها المشتري بمعني استامها سوما ومنه لا يسوم الرجل على سوم اخيه
اي لا يطلب البيع ويراوض فيه حال مراوضة اخيه لا انه بمعني لا يشتري كما قيل بل نهيه عن السوم
يثبت الشرا نما فانه اذا نهي عن التكلم في الشرا فكيف حقيقة الشرا **قوله** ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين
لجهالة المبيع الا ان يكون على هذا الوجه وهو ان يقول بعتك واحدا منهما على انك بالخيار تاخذ ايهما
شيت فانه يجوز استحسانا وتقدم ذكرها بفروعها في خيار الشرط **قوله** ولا يجوز بيع المراعي ثم فسرها
بالكلام دفعا لوهم ان يراد مكان الرعي فانه جايز ولا اجارتها اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك
الناس فيه اشتراك اباحة لا املاك ولانه لا يحصل به للمشتري فايدة فان المقصود من الملك يحصل بلا
بيع اذ يتملكه بدونه بالحديث الذي رواه ابو داود في سننه في البيوع عن حريز بن عثمان عن ابي خداش
ابن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة رضي الله عنهم قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا اسمعه يقول
المسلمون شركا في ثلث في الماء والكلاء والنار ورواه احمد في مسنده وابن ابي شيبة واسند ابن عدي
في الكامل عن احمد وابن معين انهما قالا في حريز ثقة وجهالة الصحابي لا تضر ومعني الشركة في النار
الاصطلاء بها وتجفيف الثياب يعني اذا اوقد رجل نارا فلكل ان يصطلي بها اما اذا اراد ان ياخذ
الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبه كذا ذكره القدوري ومعناه في الماء الشرب وسقي الدواب والاستقا
من الابار والحياض والانهار المملوكة وفي الكلاء له احتشاشه وان كان في ارض مملوكة غير ان لصاحب
الارض ان يمنع من الدخول في ارضه واذا منع فلغيره ان يقول ان لي في ارضك حقا فاما ان توصلني اليه

اوتخشه

اوتخشه او تستقي وتدفعه لي وصار كثوب رجل وقع في دار رجل اما ان ياذن للمالك في دخوله لياخذه واما
ان يخرجه اليه اما اذا احرز الماء بالاستقاء في انية والكلا بقطعه جاز حينئذ بيعه لانه بذلك ملكه
وظاهر ان هذا اذا انبت بنفسه فاما لو كان سقي الارض واعدها للانبات فنبت ففي الذخيرة والمحيط
والنوازل يجوز بيعه لانه ملكه وهو مختار الصدر الشهيد وكذا ذكر في خلاف ابي حنيفة وزفر
نبت الكلا بانباته جاز بيعه وكذا الوحدر حول ارضه وهياها للانبات حتي نبت القصب صار ملكا
له ولا يجوز بيعه كما هو في ارضه قبل ان يقلعها والاماء وقال القدوري لا يجوز بيع الكلا في ارضه
وان ساق الماء ولحقته مونة لان الشركة فيه ثابتة وانما تنقطع بالحيازة وسوق الماء الي ارضه ليس بحيازة
والاكثر على الاول الا ان على هذا القايل ان يقول ينبغي ان حافر البير يملك بناها ويكون بتكلفه الحفر والطي
لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكلفه سوق الماء الي الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في
ارض مملوكة له ثم الكلا ذكر الحلواني عن محمد انه ما ليس له ساق وما له ساق ليس بكلا وكان الفضلي يقول
هو ايضا كلا وفي المغرب هو كل ما رعته الدواب من رطب ويابس وهو واحد لا كلاء • واما
الاجارة فلانها لو صحت ملك بها الاعيان • وحكمها ليس الا ملك المنافع نعم اذا كانت الاعيان آلة لاقامة
العمل المستحق كالصبغ واللبن في استيجار الظير يملك بعقد اقامة العمل تبعا اما ابتدا فلا وكذا
لو استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز مع انها عقدت على استهلاك عين مملوكة فهذا اولي لانها على
استهلاك عين غير مملوكة وهل الاجارة فاسدة او باطلة ذكر في الشرب انها فاسدة حتي يملك الاجر
الاجرة بالقبض وينفذ عتقه فيه • وقيل في لبن الادمية انه في حكم المنفعة شرعا بدليل ان عينه لا يجوز
بيعه ولا يضمن متلفه • والحيلة في ذلك ان يستاجر الارض ليضرب فيها فسطاطه او يجعله حظيرة
لغنمه ثم يستبيح المرعي فيحصل مقصودهما **قوله** ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه منتفع به حقيقة وشرعا مقدور التسليم
اذا كان محرزا فيجوز بيعه وان كان لا يوكل كالبغل والحمار يجوز بيعهما وان لم يوكلا للانتفاع بهما والقدرة
على تسليمهما ولابي حنيفة وابي يوسف انه من الهوام فلا يجوز بيعه كما لا يجوز بيع الوزغ والعقرب والزنبور
والحية وهذا وهو انه في نفسه من الهوام لانه غير منتفع به وانما الانتفاع بما يتولد منه لا بعينه بخلاف
الجحش لانه ينتفع به في ثاني الحال فقبل حدوث ما يتولد منه لا ينتفع به بل هو في نفسه هامه من الهوام
ولذا قال في الجامع الصغير ان وجد بها عيبا يكم يردها اشارة الي ان النحل لا قيمة لها حتي لو باعه تبعا
لكوارة فيها عسل وهو فيها جاز ذكره الكرخي كالشرب والطريق وقال القدوري انه حكي عن ابي الحسن الكرخي
انه كان ينكر هذه الطريقة ويقول انما يدخل في البيع تبعا ما هو من حقوق المبيع واتباعه والنحل ليس من حقوق
العسل الا انه ذكر في جامعه هذا التعليل بعينه عن ابي يوسف والتبعية لا تنحصر في الحقوق كالمفاتيح
فالعسل تابع للنحل في الوجود والنحل تابع له في المقصود بالبيع والكوارة بضم الكاف وتشديد الواو عسل
النحل اذا سوي من طين • وفي التهذيب كوارة النحل مخففة وفي المغرب بالكسر من غير تشديد وتخيد الرحم
بفتح الكاف وفي الغريبين بالضم **قوله** ولا يجوز بيع دود القز عند ابي حنيفة رضي الله عنه لانه من
الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا ظهر فيه القز تبعا له واجاز بيع بزر القز الذي يكون منه الدود وعند
محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به واجاز السلم فيه كيلا اذا كان وقته وجعل منتهي الاجل في وقته

وجوابه ما تقدم في المسئلة قبلها وهو ان المنتفع به ما يخرج منه فقبله يكون غير منتفع به والكلام في بيعه
حينئذ والوجه قول محمد للعادة والضرورة وقد ضمن محمد متلف كل من النحل ودود القز وفي الخلاصة
في بيعهما قال الفتوى على قول محمد ثم لا يخفى ان محمدا ناسبا صله في مسئلة بيع النحل في القول بجوازه
وابو حنيفة كذلك في قوله بعدمه واما ابو يوسف فيحتاج ان يقول مثله في النحل وما قدمه المصنف
في النحل عن الكرخي من جوازه اذا بيع تبعا للكوارة ظاهره انه يجوز باتفاق حينئذ وعلى هذا يجب ان لا
يختلف ابو حنيفة مع ابي يوسف في دود القز بل يقولان معا ان كان وحده لا يجوز لانه من الهوام وان كان
تبعا للقز فيقولان بالجواز فيهما فلا معنى لافراد ابي حنيفة في هذه وقران ابي يوسف معه في تلك والاتفاق
على عدم جواز بيع ما سوى ذلك من الهوام كالحيات والعقارب والوزغ والعضايه والقنافذ والجعل
والضب ولا يجوز بيع شيء من البحر الا السمك كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك
وقال محمد اذا كان الدود وورق التوت من واحد والعمل من آخر على ان يكون القز بينهما نصفين او اقل
او اكثر لا يجوز وكذا لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان وفي فتاوى الولوالجي امراة اعطت امراة
بزر القز وهو بزر الفيلق بالنصف فقامت عليه حتى ادرك فالفيلق لصاحبة البزر لانه حدث
من بزرها ولها على صاحبة البزر قيمة الاوراق واجر مثلها ومثله اذا دفع بقرة الى آخر يعلفها ليكون
الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف واجر مثله وعلى
هذا اذا دفع الدجاج ليكون البيض بالنصف **قوله** والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز بيعها
اما اذا كانت في بروجها ومخارجها مسددة فلا اشكال في جواز بيعها واما اذا كانت في حال طيرانها
ومعلوم بالعادة انها تجيء فكذلك لان المعلوم عادة كالواقع فكان مملوكا مقدور التسليم ويجوز كونه
لا يعود او عروض عدم عوده لا يمنع جواز البيع كتجويز هلاك المبيع قبل القبض فانه لا يمنع جواز البيع ثم اذا
عرض الهلاك انفسخ كذا هنا اذا عرض وقوع عدم المعتاد من عودها قبل القبض انفسخ وصار كالظبي المرسل
في بر فانه يجوز وان جاز ان لا يعود **قوله** ولا يجوز بيع الآبق الآبق اذا لم يكن عند المشتري لا يجوز بيعه
باتفاق الائمة الاربعة ويجوز عتقه غير انه اذا اعتقه عن كفارة اشترط العلم بحياته ويجوز هبته لابنه
الصغير او اليتيم في حجره بخلاف البيع لابنه الصغير حيث لا يجوز لان شرطه القدرة على التسليم عقيب البيع
وهو منتف وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة ولا يصلح لقبض البيع لانه قبض بازاء مال مقبوض من مال
الابن وهذا قبض ليس بازائه مال يخرج من مال الولد فكفت تلك اليد له نظرا للصغير فانه لو عاد عاد
على ملك الصغير ولهذا اجزنا بيعه ممن ذكر انه في يده لثبوت التسلم فالمقصود من القدرة على التسليم ثبوت
التسلم فاذا كان ثابتا حصل المقصود بخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال عبدك الآبق عند
هذا فبعنيه وانا اقبض منه واعترف ذلك الرجل لا يجوز بيعه لان تسليمه بفعل غيره وهو لا يقدر
على فعل غيره فلا يجوز واذا اجاز بيعه هل يصير قابضا في الحال حتى لو رجع فوجده هلك بعد ويقع البيع
يتم القبض والبيع ان كان حين قبضه اشهد انه قبضه هذا ليرده على مالكه لا يصير قابضا لان قبضه
هذا قبض امانة حتى لو هلك قبل ان يصل الى سيده لا يضمنه وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع
فان هلك قبل ان يرجع اليه انفسخ البيع ورجع بالثمن وان لم يشهد يصير قابضا لان قبضه اذا لم يشهد
قبض غصب وهو قبض ضمان كقبض البيع ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا

اذا اسله

اذا ارسله فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروي عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم او باع
طيرا في الهواء ثم اخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد ان البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجي لان وجود
الشرط يجب كونه عند العقد وفي رواية اخرى عن محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يجوز لقيام المالية والملك
في الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضي للبيع وبه اخذ الكرخي وجماعة
من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه او المشتري من قبوله اجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة
على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد فسخ القاضي البيع او تخاصما فانه لا يعود
صحيحا اتفاقا وهذا يقتضي ان البيع فاسد فالحق ان اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف
في انه باطل او فاسد فانك علمت ان ارتفاع المفسد في الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وانما
المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوما فوجه البطلان عدم القدرة على التسليم
ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندي ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل وهذا مما
يخرج فيه الخلاف فانهم اختلفوا في بيع الطير في الهواء وان كان اخذه ثم ارسله فانه لا يخرج عن ملكه
وقد اختلفوا فيما اذا اخذه بعد بيعه وسلمه فطايفة مع الكرخي يعود جائزا والبلخيون لا يعود جائزا فالفرق
ان من قال بالجواز قايل بانه فاسد مع عدم القدرة على التسليم وقول من قال المحلية كونه مالا مملوكا مقدور
التسليم ان عني محلية البيع الصحيح فنعم والا فلا بل محل البيع المال المملوك للبايع او غيره فان كان له فنافذ
ولغيره فموقوف والنافذ اما صحيح ان كان مبيعه مقدور التسليم ليس فيه شرط فاسد والا ففاسد
واما حديث النهي عن بيع الآبق فروى اسحق ابن راهوية اخبرنا سويد بن عبد العزيز الدمشقي ثنا جهضم
ابن الحارث ابو الاشهب الواسطي حدثني من سمع محمد بن ابراهيم التيمي عن ابي سعيد الخدري ان النبي
صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء ما في بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن بيع العبد
وهو آبق ورواه ابن ماجة بسند فيه جهضم بن عبد الله عن محمد بن ابراهيم عن محمد بن زيد العبدي
عن شهر بن حوشب عن ابي سعيد الخدري يرفعه الا انه قال وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم
حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص وشهر مختلف فيه وقال ابو حاتم ان
محمد بن ابراهيم مجهول وقيل فيه انقطاع ايضا وعلى كل حال فالاجماع على ثبوت حكمه دليل على ان هذا
الضعف بحسب الظاهر صحيح في نفس الامر **قوله** ولا بيع لبن امراة في قدح هذا القيد لبيان منع بيعه
بعد انفصاله عن محله فانه لا يكون في قدح الا بعد انفصاله اما عين القدحية فليس قيدا بل سائر
الاواني سواء وانما هو قيد باعتبار لازمه وهو انفصاله عن مقره كيلا يظن ان امتناع بيعه ما دام
في الضرع لغيره بل على سائر احواله لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه وهو مذهب مالك واحمد
وعند الشافعي يجوز لانه مشروب طاهر فيجوز بيعه ونحن نمنع انه مشروب مطلقا بل للضرورة
حتى اذا استغنى عن الرضاع لا يجوز شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه في العين الرمداء
وبعضهم اجازه اذا عرف دواءا به البرء ونقول هو جزء الآدمي وهو مكرم مصون عن الابتذال
بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة ولبن الامة وعن ابي يوسف انه يجوز في لبن الامة
لانه يجوز ايراد العقد على كلها فيجوز على جزئها قلنا الجواز يتبع المالية ولا مالية للانسان الا ما
كان محلا للرق وهو الحي ولا حيوة في اللبن ولان الرق قوة شرعية حاصلها قدرة تثبت له شرعا

على تصرفات شرعية ترد على الرق فترفعه فلا بد من اتحاد محلهما وليس اللبن محل تلك القدرة فان قيل اجزاء
الادمي مضمونة فيجب كون اللبن كذلك يضمن بالاتلاف اجيب بمنع ضمان اجزائه مطلقا بل المضمون ما ينتقص
من الاصل حتى لو نبتت السن التي قلعت لا ضمان الا ما يستوفى بالوطي فانه مضمون وان لم ينتقص شي تغليظا
لامر البضع فجعل ما يستوفى بالوطي في حكم النفس بخلاف من جز صوف شاة فانه يضمن وان نبت غيره وباتلاف
اللبن لا ينتقص شي من الاصل ولان حرمة المصاهرة تثبت بشربه ففي اشاعته ببيعه فتح لباب فساد الانكحة
فانه لا يقدر على ضبط المشترين والبايعين فيشيع فساد الانكحة بين المسلمين وهذا وان كان يندفع اذا
كانت حرمة شربه شايعة بالدار فيعلم ان شراه ليس الا لمنفعة اخرى كشراء الامة المجوسية بعد اشتهار
حرمة وطيها شرعا لكنهم يجيزون شربه للكبير هذا وقد اسند الفقيه ابو الليث الى محمد بسند متصل
قال سمعت الفقيه ابا جعفر يقول سمعت الفقيه ابا القاسم احمد بن حم قال قال نصير بن يحيى سمعت الحسن بن
سموب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول لجواز اجارة الظير دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة
ثبت ان سبيله سبيل المنافع وليس سبيله سبيل الاموال لانه لو كان مالا لم تجز الاجارة الا ترى ان رجلا لو
استاجر بقرة على ان يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت ان لبنها ليس مالا الا هذا واما المصنف
فانما علل المنع بان الادمي مكرم بجميع اجزائه فلا يتبذل بالبيع وسياتي با فيه **قوله** ولا يجوز بيع شعر الخنزير
لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له اورد عليه انه جعل البيع هنا في لبن المراة اهانة مانعة من جواز
البيع للزوم الاكرام والبيع ينفيه وجعله في مسئلة بيع الخمر والخنزير اعزازا فبطل للزوم الاهانة شرعا
والبيع اعزاز وهذا تناقض والجواب ان الفعل الواحد قد يكون بالنسبة الى محل اهانة وبالنسبة الى اخر اكرام
مثلا لو امر السلطان بعض سايسي الدواب ان يلازم الوقوف بالحضرة مع الواقفين كان غاية الاكرام له ولو
امر القاضي بذلك كان غاية الاهانة له فالخمر والخنزير في غاية الاهانة شرعا فلو جعل مبيعا مقابلا بالبدل
معزز كالدراهم والثياب كان غاية اكرامه والادمي مكرم شرعا وان كان كافرا فايراد العقد عليه وابتذاله
به والحاقه بالجمادات اذلال له هذا وتعليل المصنف بالنجاسة لمنع البيع يرد عليه بيع السرقين والمعول
عليه التعليل بالانتفاع والحاجة اليه مع امكان وجوده مباح الاصل فلانا في ثم يجوز الانتفاع به
للضرورة فان الخرازين لا يتاتى لهم ذلك العمل بدونه وهو يوجد مباح الاصل فلا حاجة الى بيعه فلم يكن
بيعه في محل الضرورة حتى يجوز وعلى هذا قال الفقيه ابو الليث فلو لم يوجد الا بالشراء جاز شراؤه
لشمول الحاجة اليه وقد قيل ايضا ان الضرورة ليست ثابتة في الخرز به بل يمكن ان يقام بغيره وقد كان ابن
سيرين لا يلبس خفا خرز بشعر الخنزير فعلى هذا لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به **وروى** ابو يوسف كراهة
الانتفاع به لان ذلك العمل يتاتى بدونه كما ذكرنا الا ان يقال ذلك فرد تحمل مشقة في خاصة نفسه فلا
يجوز ان يلزم العموم حرجا مثله ثم قال ابو يوسف انه لو وقع في ماء قليل افسده وعند محمد لا ينجس به لان
حل الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف لان حكم الضرورة لا تعدادها وهي في الخرز فتكون
بالنسبة اليه فقط كذلك وما ذكر في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان اكثر
من قدر الدرهم ينبغي ان يخرج على القول بطهارته في حقهم اما على قول ابي يوسف فلا وهو الوجه
فان الضرورة لم تدعهم الى ان يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه وتجمع على ثيابهم هذا
المقدار **قوله** ولا يجوز بيع شعر الانسان مع قولنا بطهارته ولا الانتفاع به لان الادمي مكرم غير مبتذ

فلا يجوز ان يكون شي من اجزائه مهانا ومبتذلا وفي بيعه اهانة له وكذا في امتهانه بالانتفاع وقد قال
صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه في الصحيحين لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواصلة
هي التي تصل الشعر بشعر النسا والمستوصلة المعمول بها باذنها ورضاها وهذا اللعن للانتفاع بما لا
يحل الانتفاع به الا ترى الى انه رخص في اتخاذ القراميل وهو ما يتخذ من الوبر ليزيد في قرون النسا
للتكثير فظهر ان اللعن ليس للتكثير مع عدم الكثرة والا لمنع القراميل ولا شك ان الزينة حلال قال تعالى
قل من حرم زينة الله التي اخرج لعباده فلولا لزوم الاهانة بالاستعمال لحل وصلها بشعور النسا ايضا
وفي الحديث لعن النامصة والمتنمصة ايضا والنامصة هي التي تنقش الحاجب لتزينه والمتنمصة التي يفعل
بها ذلك **قوله** ولا يبيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانها غير منتفع بها قال صلى الله عليه وسلم لا تنتفعوا
من الميتة باهاب وتقدم في الصلوة تخريجه وتقريره ولا خلاف في هذا فان قيل نجاستها ليس الا لما
جاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي ان يجوز بيعها كالثوب النجس اجيب بان النجس منها
باعتبار اصل الخلقة فالم يزايله فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن
النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير به حكم الثوب بما فيه وهذا السوال ليس في تقرير المصنف ما
يرد عليه اولا ليحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل بالنجاسة
ولا ينبغي ان يعلل بها بطلان بيع اصلا فان بطلان البيع داير مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية
فان بيع السرقين جايز وهو نجس العين للانتفاع به كما ذكرنا واما جواز بيعها بعد الدباغة فلحل الانتفاع
حينئذ شرعا والحكم بطهارتها زيادة تثبت شرعا على خلاف قول مالك وتقدم في الصلوة ويجوز بيع عظام
الميتة وعصبها وصوفها وشعرها وريشها ومنقارها وظلفها وحافرها فان هذه الاشيا طاهرة لا
تحلها الحيوة فلا يحلها الموت وتقدم في الصلوة **قوله** والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد فيكون
حكمه حكمه وعند ابي حنيفة وابي يوسف هو كسائر السباع نجس السور واللحم لا العين فيجوز بيع عظمه
والانتفاع به في الحمل والمقاتلة والركوب فكان كالكلب يجوز الانتفاع به قيل وروي ان النبي صلى الله
عليه وسلم اشترى لفاطمة سوارين من عاج وظهر استعمال الناس له من غير نكير ومنهم من حكى اجماع العلما
على جواز بيعه وفي البخاري قال الزهري في عظام الميتة نحو الفيل وغيره ادركت ناسا من سلف العلما
يمتشطون بها ويدهنون فيها لا يرون باسا وقال ابن سيرين وابراهيم لا باس بتجارة العاج وروى
ابو يوسف عن ابي حنيفة منع بيع القرد وروى الحسن عنه انه يجوز بيعه وهو المختار لانه مما ينتفع به
في بعض الاشيا **قوله** واذا كان السفل لرجل وعلوه لاخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب
العلو علوه لم يجز لان المبيع حينئذ ليس الا حق التعلي وحق التعلي ليس بمال لان المال عين يمكن احرازها
وامساكها ولا هو حق متعلق بالمال بل هو حق متعلق بالهواء وليس الهواء مالا يباع والمبيع لا بد ان يكون
احدهما وقول المصنف والمال هو المحل للبيع تساهل وتنزيل للمتعلق بالمال منزلة المال بخلاف
الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض اما اذا باع
ارضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز منفردا كبيع الشرب يوما او يومين حتى ترد له
نوبته وجوزه مشايخ بلخ كابي بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان اهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس
يترك بالتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل ولانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف وله

قسطا من الثمن على ما ذكره في كتاب الشرب فانه قال فيه ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف فشهد شاهد
بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في مقدار ثمن الارض لان الذي زاد الشرب
نقص من ثمن الارض لان بعض الثمن يقابل الشرب فصار كاختلافهما في مقدار الثمن وقيل لو باع ارضا
بشربها فاستحق شربها يحط من الثمن نصيب الشرب واما ضمانه بالاتلاف هو بان يسقي ارضه بشرب غيره
فهو رواية البزدوي وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم اتلفه ولا يضمن قبل
الجمع وحينئذ فلا الزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين
ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان اشهد به لا جرم رجع بعد القضاء وقال لا وجه
للضمان بالاتلاف الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقي او بمنع حق الشرب لا وجه الى الاول
لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثاني لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع
ملك الغير ولم يوجد واما انه حظ من الماء وهو عين او شيء يتعلق بالعين فاورد عليه انه لو كان عينا
ينبغي ان لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء اجيب بانه انما جوز للضرورة وهو بعرضية بوجه كالسلم
والاستصناع ثم بتقدير انه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى
بيعه مفردا قالوا وتعامل اهل بلدة ليس هو التعامل الذي يترك به القياس بل ذلك تعامل اهل البلاد
ليصير اجماعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة في بيع الشرب مفردا على العموم منتفية
بل ان تحقق فلحاجة بعض الناس في بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس **فرع** باع العلو
قبل سقوطه جاز فان سقط قبل القبض بطل البيع لهلاك المبيع قبل القبض **قوله** وبيع الطريق وهبته
جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل قال المصنف المسئلة تحتمل وجهين ان يكون المراد بيع رقبة الطريق
والمسيل وان يكون المراد بيع حق المرور الذي هو التطرق والتسييل فان كان الاول وهو بيع رقبة الطريق
والمسيل اي مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما
فان بينه فلا اشكال في حق نفسه وان لم يبينه جاز ايضا وهو المراد بالمسئلة ههنا فانه يجعل مقدارا
باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة اما المسيل فمجهول لانه لا يدري قدر ما يشغله الماء
ومن هذا عرف ان المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل اما لو بين حد ما يسيل فيه
الماء او باع الارض المسيل من نهر او غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد ان يبين حدوده وان كان
المراد الثاني وهو مجرد حق المرور والتسييل ففي بيع حق المرور مجردا روايتان على رواية الزيادات
لا يجوز وبه اخذ الكرخي لجهالته وعلى رواية كتاب القسمة يجوز فانه قال دار بين رجلين فيها طريق
لرجل اخر ليس له منعهما من القسمة ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى فانه لا حق له في غير الطريق
فاذا بيعت الدار والطريق برضاهم يضرب صاحب الاصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن لان
صاحب الدار اثنان وصاحب الممر واحد وقسمة الطريق يكون على عدد الرؤس لان صاحب القليل يساوي
صاحب الكثير في الانتفاع انتهى فقد جعل لحق المرور قسطا من الثمن فيدل على جواز بيعه وهو قول عامة
المشايخ واتفقت الروايات على ان بيع حق التسييل لا يجوز فوجه الفرق على احديهما اي وجه الفرق بين
حق المرور وحق التسييل على الرواية المجيزة لبيع حق المرور ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم
وهو الطريق اما التسييل فان كان على السطح فهو نظير حق التعلي وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات

ومن وجه فساده انه ليس حقا متعلقا بما هو مال بل بالهواء وفي هذا نظر فان ذلك اذا باع حق التعلي
بعد سقوط العلو فانما يكون نظيرها اذا باع حق التسييل على السطح ولا سطح وان كان على الارض وهو ان يسيل
الماء عن ارضه كيلا يفسدها فيمره على ارض لغيره فهو مجهول لجهالة محله الذي ياخذه الماء فيحتاج الى
الفرق بين حق التعلي حيث لا يجوز وبين حق المرور حيث يجوز على رواية وانما احتيج الى الفرق لانه علل المبيع
في حق التعلي بانه ليس بمال فيرد عليه ان حق المرور كذلك وقد جاز بيعه في رواية وفي كل منهما بيع الحق
لا بيع العين وهو ان حق المرور حق يتعلق برقبة الارض وهو مال هو عين فما يتعلق به يكون له حكم
العين اما حق التعلي فحق يتعلق بالهواء وهو ليس بعين مال واما فرق المصنف بان حق التعلي يتعلق بالبناء
وهو عين لا تبقى فاشبه المنافع بخلاف الارض فليس بذاك لان البيع كما يرد على ما يبقى من الاعيان كذلك
يرد على ما لا يبقى وان شبه المنافع ولذا صحح الفقيه ابو الليث رواية الزيادات المانعة من جواز بيعه لان بيع
الحقوق المجردة لا يجوز كالتسييل في حق المرور **قوله** ومن اشترى بالي اخره اذا اشترى هذه الجارية فظهرت
غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وامثالها تبتنى على الاصل الذي تقدم في المهر انه اذا اجتمع تسمية
واشارة الى شيء كما ذكرنا من هذه الجارية حيث اشار الى الذات وسماها جارية فان المسمى مع المشار اليه
جنسان مختلفان كانت العبرة للتسمية لان التسمية ابلغ في التعريف من الاشارة لان الاشارة تعرف الذات
الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند
العقل باشباهها تلك الذات وغيرها ونحن في مقام التعريف فيتعلق بما تعرفه المنع وحينئذ يبطل
العقد لعدم المبيع الذي هو المسمى ذكره المصنف وهو الظاهر من قول محمد فانه عبر هنا بقوله لا بيع
بينهما وقيل بل هو فاسد وان كان من جنس واحد الا ان اختلافهما بالصفة فاحش كان ايضا كاختلاف
الجنس فيكون البيع باطلا وان كان قليلا اعتبرت الاشارة فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم الا انه
ذكر فيه وصفا مرغوبا فيه فلم يجده المشتري فيثبت له الخيار وقول المصنف والفرق يبتنى على الاصل
الذي ذكرناه في النكاح لمحمد لا يريد ان الاصل مختلف فيه بل هو متفق عليه وانما ذكره محمد في خلافية
في المهر مستدلا به على قوله فيما اذا تزوج على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فمن الجنسين كل ذكر مع انثى من بني
ادم وان كانا متحدي الجنس المنطقي وهو الذاتي المقول على كثيرين مختلفين بمميز داخل فقد الحقا بمختلفيهما
بخلاف الذكر والانثى من سائر البهائم غير الادمي فان البيع ينعقد ويثبت الخيار ونقل القدوري عن زفر
انه جعل الذكر والانثى من بني ادم كالذكر والانثى من غيرهما فحكم بجواز البيع واجيب بالفرق بفحش
اختلاف الاغراض منهما فالحقا بالجنسين فالغلام يراد لخدمة الخارج كالزراعة والتجارة والحراثة
والانثى لخدمة الداخل كالعجن والطبخ والاستفراش بخلاف الغلام فكان اختلافهما كاختلاف الجنس بل
ليس للجنس في الفقه الا المقول على كثيرين لا يتفاوت الغرض منها فاحشا فالجنسان ما يتفاوت منهما
فاحشا بلا نظر الى الذاتي وهذا قول المصنف وهو المعتبر في هذا دون الاصل يعني المعتبر في انهما
جنسان وجنس واحد تفاوت الاغراض تفاوتا بعيدا فيكون من اختلاف الجنس او قريبا فيكون من الجنس
الواحد دون اختلاف الاصل يعني الذاتي ولذا قالوا الخل مع الدبس جنسان مع اتحاد اصلهما لفحش
تفاوت الغرض بينهما والوذاري والزندنيجي كذلك لذلك والوذاري بفتح الواو وكسرها واعجام الذال
ثم راء مهملة نسبة الى وذار قرية من قرى سمرقند والزندنيجي بزاي ثم نون ثم دال مهملة ثم نون

ثم تاء ثم جيم نسبة الى زندنه بفتح الزاي والنون الاخيرة والجيم زيدت على خلاف القياس مع اتحاد
اصلهما هكذا ذكره المصنف عن المشايخ وما ذكر لابي حنيفة في باب المهر يقتضي انه اعتبر الخل مع الخمر جنسا
واحدا ومقتضاه ان يعتبر الخل مع الدبس كذلك ومن المختلفين جنسا ما اذا باع فصا على انه ياقوت فاذا
هو زجاج فالبيع باطل ولو باعه ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر صح ويخير كما اذا باع عبدا على انه خباز
فاذا هو كاتب كذا ذكره المصنف وان كانت صناعة الكتابة اشرف عند الناس من الخبز كان المصنف ممن لا
يفرق من المشايخ بين كون الصفة ظهرت خيرا من الصفة التي عينت اولا في ثبوت الخيار كما اطلق في
المحيط ثبوت الخيار وذهب اخرون منهم صدر الاسلام وظهير الدين الى انه انما يثبت اذا كان الموجود
انقص وصحح الاول لفوات غرض المشتري فان الظاهر ان غرضه من يقوم بحاجته التي عينها لا انما ليس
غرضا له الان وكان مستند المفصلين ما تقدم فيمن اشترى عبدا على انه كافر فاذا هو مسلم لا خيار له
لانه خير مما عين وقد يفرق بان الغرض هو استخدام العبد بما يليق به لا يتفاوت بين مسلم وكافر
من الزراعة وامورها والتجارة وامورها بخلاف تعيين الخبز او الكتابة ونحوه فانه يفيد ان حاجته
التي لاجلها اشتري هي هذا الوصف **قوله** ومن باع جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها
من البايع بمثل الثمن او اكثر جاز وان باعها من البايع باقل لا يجوز عندنا وكذا لو اشتراه عبده او مكاتبه
ولو اشتري ولده او والده او زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشترا
آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الاخر ولهذا لا تقبل شهادة احدهما للاخر ولو اشتري وكيل البايع باقل من
الثمن الاول لجاز عنده خلافا لهما لان تصرف الوكيل عنده يقع لنفسه فلذا يجوز للمسلم ان يوكل ذميا بشراء
خمر وبيعها عنده ولكن ينتقل الملك الى الموكل حكما فكان كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه وورثه البايع وعندهما
عقد الوكيل كعقده ولو اشتراه وارثه يجوز في ظاهر الرواية عنهم وعن ابي يوسف لا يجوز ولو باعه
المشتري من رجل او وهبه ثم اشتراه البايع من ذلك الرجل يجوز لاختلاف الاسباب بلا شبهة وبه يختلف
المسببات وبقولنا قال مالك واحمد وقيد بقوله قبل نقد الثمن لان ما بعده يجوز بالاجماع باقل من الثمن
وكذا لو باعه بعرض قيمته اقل من الثمن وقال الشافعي رحمه الله يجوز كيف ما كان كما لو باعه من غير البايع
باقل من الثمن او منه بمثل الثمن الاول او اكثر وبعرض قيمته اقل من الثمن بجامع قيام الملك فيه لانه هو المطلق
في الاصول التي عينها وتقييده بالعرض دون ان يقول كما لو باعه بخلاف جنسه وقيمته اقل لانه لو باعه
بذهب قيمته اقل من الدراهم الثمن لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر وقياسه على العرض بجامع انه خلاف
جنسه فان الذهب جنس اخر بالنسبة الى الدراهم ووجه الاستحسان انهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا
ومن حيث وجب ضم احدهما الى الاخر في الزكوة فيبطل البيع احتياطا والزم ان اعتبارهما جنسا واحدا
يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب ان مقتضى الوجه ذلك ولكن في التفاصيل عند بيع احدهما
بغير الاخر اجماع ولنا قول لعايشة الى اخره ما نقله المصنف عن عايشة يفيد ان المراة هي التي باعت زيدا
بعد ان اشترت منه وحصل الربح لان شريت معناه بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس دراهم اي باعوه وينبو
رواية ابي حنيفة فانه روى في مسنده عن ابي اسحق السبيعي عن امراة ابي السفر ان امراة قالت لعايشة رضي الله
عنها ان زيد بن ارقم باعني جارية بثمانماية درهم ثم اشتراها مني بستماية فقالت ابلغيه عني ابطل جهاده
مع رسول الله الا ان يتوب ففي هذا ان زيدا هو الذي باع ثم اشترى وحصل الربح له ولكن رواية غير ابي حنيفة

من ائمة الحديث عكسه روى الامام احمد بن حنبل ثنا محمد بن جعفر ثنا شعبة عن ابي اسحق السبيعي عن امراته
انها دخلت على عايشة هي وام ولد زيد بن ارقم فقالت ام ولد زيد لعايشة اني بعت من زيد غلاما بثمانماية
درهم نسيئة واشتريته بستماية نقدا فقالت ابلغي زيدا ان قد ابطلت جهادك مع رسول الله صلى الله عليه
وسلم الا ان يتوب بئس ما اشتريت وبئس ما شريت وهذا فيه ان الذي حصل له الربح هي المراة قال ابن
عبد الهادي في التنقيح هذا اسناد جيد وان كان الشافعي قال لا يثبت مثله عن عايشة وقول
الدارقطني في العالية هي مجهولة لا يحتج بها فيه نظر فقد خالفه غير واحد ولولا ان عند ام المؤمنين
علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم ان هذا محرم لم تستجز ان تقول مثل هذا الكلام بالاجتهاد وقال غيره
هذا مما لا يدرك بالراي والمراد بالعالية امراة ابي اسحق السبيعي التي ذكر انها دخلت مع ام الولد على عايشة
قال ابن الجوزي قالوا العالية امراة مجهولة لا يحتج بنقل خبرها قلنا هي امراة جليلة القدر ذكرها ابن
سعد في الطبقات فقال العالية بنت انفع بن شراحيل امراة ابي اسحق السبيعي سمعت من عايشة وقولها
بئس ما شريت اي بعت قال تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه وانما ذمت العقد الاول لانه وسيلة
وذمت الثاني لانه مقصود بالفساد وروى هذا الحديث على هذا النحو عبد الرزاق قال اخبرنا معمر والثوري
عن ابي اسحق عن امراته انها دخلت على عايشة في نسوة فسالتها امراة فقالت كانت لي جارية فبعتها من زيد
ابن ارقم بثمانماية الى العطاء ثم ابتعتها منه بستماية فنقدته الستماية وكتب لي عليه ثمانماية فقالت
عايشة الى قولها الا ان يتوب وزاد فقالت المراة لعايشة ارايت ان اخذت راس مالي ورددت عليه الفضل
فقالت فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف لا يقال ان قول عايشة وردها لجهالة الاجل
وهو البيع الى العطاء ذكره في الاسرار وغيره والذي عقل من معنى النهي انه استرباح ما ليس في ضمانه
ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن وهكذا لان الثمن لا يدخل في ضمانه قبل القبض فاذا
عاد اليه الملك الذي زال عنه بعينه وبقي له بعض الثمن فهو ربح حصل لا على ضمانه من جهة من باعه
وهذا لا يوجد فيما اذا اشتراه بمثل الثمن او اكثر فبطل الحاق الشافعي بذلك بخلاف ما لو باعه المشتري
من غير البايع فاشتراه البايع منه لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان حكما وكذا لو دخل في المبيع
عيب فاشتراه البايع باقل لان الملك لم يعد اليه بالصفة التي خرج فلا يتحقق ربح ما لم يضمن بل يجعل النقصان
بمقابلة الجزء الذي احتبس عند المشتري سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب او دونه حتى لو كان
النقصان نقصان سعر فهو غير معتبر في العقود لانه فتور في رغبات الناس فيه وليس من فوات جزء من
العين وكذلك اذا اشتراه بجنس اخر غير الثمن جاز لان الربح لا يتحقق عينه مع اختلاف الجنس لان الفضل
انما يظهر بالتقويم والبيع لا يعقب ذلك بخلافه بجنس الثمن الاول لظهوره بلا تقويم وقد اورد عليه
تجويز كون انكار عايشة لوقوع البيع الثاني قبل قبض المبيع اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا لا يصح هذا
لانها ذمته لاجل الربوا بقرينة تلاوة اية الربو وليس في بيع المبيع قبل القبض ربا ولا يخفى ضعف هذا
الجواب لان تلاوة الاية ظاهر في كونها لاشتمالها على قبول التوبة جوابا لقول المراة ارايت ان اخذت
راس مالي ورددت عليه الفضل كان مع التوبة فنكتة الاية ظاهرة في قبول التوبة وان كان سوقها في الربوا
واورد طلب الفرق بين النهي عن بيع الولد الكائن مع امه مفردا لم يوجب الفساد فلم اوجبه هنا النهي
اجيب بان النهي اذا كان لامر يرجع الى نفس البيع اوجبه وان كان لامر خارج لا والنهي فيما ذكر للتفريق

لا للشرى البيع حتى لو فرق بينهما بغير البيع اثم فيكره البيع في نفسه كالبيع وقت النداء وهنا هو لشبهة الربوا
وهو مخصوص بالبيع ولشبهة الربوا حكم حقيقته **قوله** ومن اشترى جارية بخمسماية ثم باعها واخرى
معها من البايع بخمس ماية قبل نقد الثمن فالبيع جايز في التي لم يشترها من البايع ويبطل في الاخرى
وهذه فرع المسئلة السابقة وهي ان شرا ما باع من المشتري باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز ووجهه
انه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا الاخرى والتي باعها باقل مما باع
وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها وهي التي ضمت اليها واورد عليه ان علية الفساد في
التي باعها ثم اشتراها لو كان اصابه حصتها اباها اقل من خمس ماية المستلزم لشراها باقل مما باعها بدليل انه
ان لا يفسد البيع في التي اشتراها بخمس ماية لو باعها واخرى معها بالف وخمس ماية لان عند تقسيم الثمن
عليهما يصيب كلا منهما اكثر من خمس ماية فليس فيه شرا ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن لكن ذكروا انه
ايضا فاسد **اجيب** بان الفساد في هذا المعنى اخر وهو تكثر جهات الجواز وليس البعض في الحمل
عليه باولى من البعض فامتنع الجواز بخلاف الاكرار واما لها حيث تحري للجواز فيها التعيين جهة الجواز
على ما يجي في كتاب الصرف وهذا الوجه لزم ان يمتنع ثبوت موجب له موجبات يثبت دفعه فيمتنع
تعدد العلل لانه يقال فيها مثل ذلك ثم لا يستتبع الفساد في الجاريتين ومما استبع قول قايل اذا
اذا كثرت جهات الحل بلا معارض بحرم والحيوان بينهما فرقا فان هناك الموجبات متحققة وهنا
المجوز موقوف على الاعتبار فاذا اعتبر واحدا مكن اعتبار غيره لكنه لا يزيد النظر الا وكادة فان الامر
قبل الاعتبار لا وجود له ومع ذلك لم يعمل المجوز الذي وجد وتحقق تحقق الاعتبار فليتامل وحين
ثم بعض الشارحين ضعف هذا الوجه عدل الى وجه ذكر انه الوجه وهو ان من المكاتب ان يعتبر في مقابلة
الجارية الاولى من الالف وخمسماية اقل من خمس ماية واجتمع فيها محرم ومبيح فيفسد وليس هذا من المذهب
في شي بل اذا اجتمعا فيه اعتبر وجه الصحة تصحيحا كما سياتي في بيع قفيز حنطة وقفيز شعير بقفيزي
حنطة وشعير حيث يصح ويتحرى للجواز اعتبار التصحيح تصرف المسلم ولا اشكال فيه على قولنا بل على
قوله لان مذهب ابي حنيفة ان البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا فدفعه المصنف
بوجوه اولها ان الفساد فيما بيعت اولا ضعيف لاختلاف العلما فيه كما ذكرناه من مذهب الشافعي فلم يسر
للاخرى كما اذا اشترى عبدين فاذا احدهما مدبر لا يفسد في الاخر لذلك بخلاف الجمع بين حر وعبد واستشكل
بما لو اسلم قوهيا في قوهي ومروي فانه باطل في الكل عنده وعندهما يصح في المروي كما لو اسلم حنطة في
شعير وزيت عنده يبطل في الكل وعندهما يصح في حصة الزيت مع ان فساد العقد بسبب الجنسية
مجتهد فيه فان اسلام هروي في هروي جايز عند الشافعي ولا تخلص منه الا بتعيين تعليل تعدي
الفساد بقوة الفساد بالاجماع عليه الى تعليله بانه جعل الشرط الفاسد في احدهما وهو قبول العقد
في المروي شرط لقبوله في المروي فيفسد في المروي بالشرط الفاسد وفي الهروي باتحاد الجنس كذا اعترفه
شمس الايمة بعد ان علل صوبه في شرح الجامع ثانيها ان الفساد في الاولى لشبهة الربوا وسلامة الفضل
للبايع الاول بلا عوض ولا ضمان يقابله وهو منتف في المضمومة فلو اعتبرنا تلك الشبهة في التي ضمت
الى المشتراه اولا كان اعتبار الشبهة الشبهة وهذا احسن من تقرير فاضح ان اعتبار الشبهة بان الالف
وهو الثمن الاول على شرف السقوط لاحتمال ان يجد المشتري بها عيبا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري

والبيع الثاني يقع الامن عنه فيكون البايع بالعقد الثاني مشتريا الفا بخمسماية ثالثها ان الفساد في
الاول طاري غير مقارن وله وجهان احدهما انهما لم يذكرا في العقد ما يوجب فساده فانه قابل الثمن بالجا
وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم الثمن على قيمتهما فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء
ما لم يبع فحينئذ يفسد البيع فيما باعه وهذا فساد طاري الان لان الانقسام بعد وجوب الثمن
فلا يتعدى الى الاخرى والاخر بسبب المقاصة فان المقاصة تقع بين الثمن الاول والثمن الثاني فيبقى من الثمن
الاول فضل بلا عوض وذلك لان البايع الاول لما باعها بالف ثم اشتراها بخمس ماية قبل النقد تقاص
الخمس ماية بخمس ماية مثلها فيبقى للبايع من الثمن الاول فضل خمسماية اخرى مع الجارية والمقاصة تقع
عقيب وجوب الثمن على البايع بالعقد الثاني فيفسد عندها فهو طاري فلا يظهر في الاخرى كمن باع
عبدين صفقة وبين ثمن كل ثم الحق في ثمن احدهما اجلا هو وقت الحصاد فسد البيع فيه ولا يتعدى الى
الاخر فكذا ما نحن فيه واورد ينبغي ان يفسد العقد في الاخر لمعنى اخر وهو انه جعل قبول العقد فيما
لا يصح وهو ما باعه اولا شرطا لقبوله في الاخر قلنا قبول العقد ليس شرطا فاسدا الا يرى انه لو كان الثمن
مثل الثمن الاول او خلاف جنسه كان صحيحا وانما الفساد لاجل الربح الحاصل لا على ضمانه وهذا يقتصر على
العقد الذي باعه ولا يتعدى الى العقد الثاني وفي المبسوط لو اشتراه البايع مع رجل اخر جاز من الاجنبي
في نصفه ولو ولدت الجارية عند المشتري ثم اشتراها منه باقل ان كانت الولادة نقصتها جاز كما لو دخلها
عيب عند المشتري ثم اشتراها منه بالاقل وان لم ينقصها لا يجوز لانه يحصل به ربح لا على ضمانه **قوله**
ومن اشترى زيتا في ظرف صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل هذا
الزيت وهو الف رطل على ان يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد
وان كان قال على ان يطرح عني وزن الظرف فهو جايز لانه شرط يقتضيه العقد وهو شرط ان يعرف قدر
المبيع من غيره ليخص بالثمن بخلاف قوله على ان يزنه فيطرح عنه لكل ظرف عشرة ارطال او خمسين فان البيع
حينئذ فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين فان زنة الظرف قد تكون اقل
من خمسين فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع وهو نفع للمشتري وقد يكون اكثر منها فيكون البيع بشرط
اعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع وفيه نفع للبايع والمسئلة بعدها فرع عليها وهو ما في الجامع رجل اشترى
من رجل السمن الذي في هذا الزق كل رطل بدرهم فوزنه له بزقه فبلغ ماية وقبضه المشتري فقال وجدت
السمن تسعين رطلا والزق هذا ووزنه خمسة ارطال فالقول قول المشتري مع يمينه الا ان يقيم البايع البينة
لان هذا الاختلاف ان اعتبر اختلافا راجعا الى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان
كالغاصب وامينا كالمودع ولان البايع يدعي عليه زقا آخر والمشتري ينكر الزيادة واستشكل بمسئلتين
احديهما ما اذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات احدهما عنده وجاء بالاخر يرده بعيب واختلفا
في قيمة الميت فالقول للبايع كما سياتي في باب التحالف والثانية ان الاختلاف في الثمن يوجب التحالف وهنا
جعل القول للمشتري على تقدير اعتباره اختلافا في الثمن **اجيب** عن الاول بانها مع هذه طرد فان كون
القول للمشتري لانكاره الزيادة وهناك انما كان للبايع لانكاره الزيادة وعن الثانية بان التحالف على
خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصدا وهنا الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق
المقبوض اهو هذا او لا فلا يوجب التحالف **قوله** واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او خنزير او شرائهما ففعل

جاز عند ابي حنيفة رحمه الله حتى يخلل الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل فيجب ان يخلل الخمر او يريقها
ويسيب الخنزير هذا في الشراء وفيما اذا كان التوكيل بالبيع بان كان في ملك المسلم خمر وخنزير وصورته
ان يكون كافرا فيسلم عليهما ويموت قبل ان يزيلهما وله وارث مسلم فيرثهما فيوكل كافرا ببيعهما فعليه ان
يتصدق بثمنهما لتمكن الخبث فيه قال صلى الله عليه وسلم ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها وقال ابو يوسف
ومحمد ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله تعالى لا يصح هذا التوكيل وحاصله الوجه من جانبهم اثبات المانع
الشرعي من هذا التوكيل ومن جانبه عدم المانع بالقدح فيما نعيه ما جعلوه مانعا فيبقى الجواز على الاصل
لهم ان الموكل لا يملك بنفسه فلا يملك توليته غيره فيه وهذا معنى قول المصنف الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولابو
حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته غيره ولانه مفعول مقدم ليوليه كما انه لما لم يملك تزوج المجوسية لا يملك توكيل غيره بتزويجه
اياها ولان ما يثبت للوكيل من الملك ينتقل الى الموكل فصار كانه باشر الشرا او البيع بنفسه فلا يجوز ولابي حنيفة
ان الوكيل في البيع يتصرف باهلية نفسه لنفسه حتى لا يلزمه ان يضيف العقد الى موكله وترجع حقوق العقد
اليه حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب ويرد عليه وهو اهل لبيع الخمر وشرائها شرعا فلا مانع شرعا من توكله
والمسلم الموكل اهل لان يثبت له ما يثبت للوكيل من ثبوت الملك كما ذكرنا من صورة ثبوت الملك الجبري له فيهما
فانتفى المانع الشرعي والملازمة الشرعية امتناع التوكيل لامتناع مباشرته ممنوعة بمسايل منها ان الوكيل
بشراء عبد بعينه لا يملك شراه لنفسه ويملك التوكيل بشرايه لنفسه ومنها ان القاضي لا يملك بيع خمر
او خنزير خلفه ذمي ورجع امره الى القاضي ويملك توكيله به وكذا الوصي المسلم للذمي لا يملك بيع خمره
ويملك التوكيل به والمريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن في مثله اذا كان عليه ديون مستغرقة
ويجوز من وصيه بعد موته وكذا لا تبيع الام عرض الولد ووصيها يبيعه اذا لم يكن من ميراثها فان قيل
ان قلت ان تملك المسلم انما يثبت شرعا جبرا عن سبب جبري كالموت سلمناه او عن سبب اختياري ممنوعا وهنا
كذلك اذ التوكيل اختياري والملك مترتب عليه اذ لا وجود له في الشرع قلنا نختار الثاني ونمنع ان التو
سبب للملك بل الشراء وانما هو اختياري للوكيل لا الموكل وليست الوكالة سببا له بل شرط وانما سببه اختيار
الوكيل واختياره ليس لازما للوكالة ولا مسبباعنها اذ لا يلزمه الشراء يعني ان يقال اذا كان حكم هذه الوكالة
في البيع ان لا ينتفع بالثمن وفي المبيع ان يسيب الخنزير ويريق الخمر او يخللها بقي تصرفا غير معقب لفايدته وكل
ما هو كذلك ليس بمشروع وقد روي عن ابي حنيفة ان هذه الوكالة تكره اشد ما يكون من الكراهة وهي ليس
الا كراهة التحريم فاي فايدة في الصحة **قوله** ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه
او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط
قال الطبراني في معجمه الوسط ثنا عبد الله بن ايوب المقري ثنا محمد بن سليمان الذهلي ثنا عبد الوارث بن سعيد
قال قدمت مكة فوجدت بها ابا حنيفة وابن ابي ليلى وابن شبرمة فسالت ابا حنيفة عن رجل باع بيعا
وشرط شرطا فقال البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فسالته فقال البيع جايز والشرط باطل ثم اتيت
ابن شبرمة فسالته فقال البيع جايز والشرط جايز فقلت يا سبحان الله ثلاثة من فقها العراق اختلفوا في
مسالة واحدة فاتيت ابا حنيفة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا حدثني عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وشرط البيع باطل والشرط باطل ثم اتيت ابن ابي ليلى فاخبرته فقال
ما ادري ما قالا حدثني هشام بن عروة عن ابيه عن عايشة رضي الله عنها قالت امرني النبي صلى الله عليه وسلم

ان اشتري بريرة فاعتقها البيع جايز والشرط باطل ثم اتيت ابن شبرمة فاخبرته فقال ما ادري ما قالا
حدثني مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن جابر قال بعت من النبي صلى الله عليه وسلم ناقة وشرط لي حلابها
الى المدينة البيع جايز والشرط جايز وكذا رواه الحاكم في كتاب علوم الحديث ومن جهة الحاكم ذكره
عبد الحق في احكامه وسكت عليه وقد ظهر من هذا ان في المسالة ثلاثة مذاهب مستدل عليها فلا بد
من النظر فيها فاما حديث عمرو بن شعيب فلا يحتمل الا التخصيص فحمله الشافعي رحمة الله عليه واستثنى من
منع البيع مع الشرط البيع بشرط العتق بحديث بريرة فان النبي صلى الله عليه وسلم ما رد في حديثها
الا الولاء وذكر الاقطع انها رواية عن ابي حنيفة رضي الله عنه وحديثها في الصحيحين عن عايشة رضي الله عنها
قالت جاءتني بريرة فقالت كاتبت اهلي على تسع اواق في كل عام اوقية فاعينيني فقلت ان احب اهلك
ان اعدها لهم ويكون ولاوك لي فعلت فذهبت بريرة الى اهلها فقالت لهم فابوا عليها فجاءت من عندهم ورسول
الله صلى الله عليه وسلم جالس فقالت اني عرضت عليهم ذلك فابوا الا ان يكون لهم الولاء فاخبرت عايشة
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن اعتق ففعلت عايشة
الحديث وفيه دليل على جواز بيع المكاتب اذا رضي بالبيع وفيه ابطال قول من منع بيعه وقال انما اشترت
عايشة الولاء بسببها وقع في بعض الروايات وهو فان احبوا ان اقضي عنك كتابتك وذلك لانه صلى الله
عليه وسلم قال انما الولاء لمن اعتق ورد اشتراطهم الولاء لانفسهم والعتق من عايشة رضي الله عنها
وهذا لا خلاف فيه ولو قال قايل ان الشرط اذا كان امرا لا يحل شرعا مثل ان يشترط ان لا يبيع عتقه
اذا اعتقه يبطل هو دون البيع فانه لغو لا يمكن المشروط عليه ان يفعله فيتم البيع كانه لم يذكر اذ كان
خارجا عن طاقة من شرط عليه امكن ويكون اصل هذا حديث بريرة واما الحنفية فانما لم يخصوه به
لان العام عندهم يعارض الخاص ويطلب معه اسباب الترجيح والمرجح هنا للعام وهو نهيه عن بيع وشرط
هو كونه مانعا وحديث بريرة مبيح فيحمل على ما قبل النهي واما حديث جابر الذي استدل به ابن شبرمة
فالشرط وهو استثناء حملانه لم يقع في صلب العقد كذا قاله الشافعي ونحن كذا نقول مع الوجه الذي ذكرناه
من تقديم العام فان قلت كيف قال الشافعي بافساد البيع بالشرط مع ان حديث عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
من قبيل المرسل عن كثير من اهل الحديث قلت ذلك اذا لم يصرح فيه بجد ابيه عبد الله بن عمرو بن العاص
وقد ورد عنه التصريح به فيه فيما اخرجه ابو داود والترمذي والنسايي عن عمرو بن شعيب عن ابيه
عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع
ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك ولهذا قال الترمذي حديث حسن صحيح وروي هذا ايضا
من حديث حكيم بن حزام في موطا مالك بلاغا واخرجه الطبراني من حديث محمد بن سيرين عن حكيم قال
نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اربع خصال في البيع عن سلف وبيع وشرطين في بيع وبيع ما
ليس عندك وربح ما لم يضمن ومعنى السلف في البيع البيع بشرط ان يقرضه دراهم وهو فرد من البيع
الذي شرط فيه منفعة لاحد المتعاقدين وغير ذلك مما سياتي **قوله** ثم جملة الامر فيه اي في الشرط
انه اما يقتضيه العقد كشرط ان يحبس البيع الى قبض الثمن ونحوه فيجوز لانه موكد بموجب العقد او لا
يقتضيه لكن يثبت تصحيحه شرعا بما لا مرد له كشرط الاجل في الثمن والمثمن في السلم وشرط الخيار وكذلك
هو الصحيح للاجماع على ثبوته شرعا رخصة ولا يقتضيه وليس مما ثبت كذلك لكنه متعارف كشرا نعل

على ان يحذوها البايع او يشركها فهو جايز ايضا لما سياتي وكذا اذا لم يكن كذلك ولكن يتضمن التوثق بالثمن
كالبيع بشرط كفيل بالثمن حاضر وقبل الكفالة او بان يرهنه رهنا معلوما بالاشارة او التسمية فهو جايز
ايضا على الصحيح خلافا لزفر فان حاصله التوثق للثمن فيكون كاشتراط الجودة فيه فهو مقرر لمقتضى العقد ولو
لم يكن الكفيل حاضرا وقبل او غايبا فحضر قبل ان يتفرقا وكفل ولا الرهن مسمى ولا مشارا اليه لا يجوز بالاتفاق
لان وجوب الثمن في ذمة الكفيل يضاف الى البيع فيصير الكفيل كالمشتري فلا بد من حضوره العقد بخلاف
الرهن لا يشترط حضرته لكونه لم يسلم للبايع لا يثبت فيه حكم الرهن وان انعقد عقد الرهن بذلك الكلام
فان سلم مضى العقد على ما عقدا وان امتنع عن تسليمه لا يجبر عندنا بل يؤمر بدفع الثمن فان لم يدفع الرهن
ولا الثمن خير البايع في الفسخ وشرط الحوالة كالكفالة ولو كان الشرط مما لا يقتضيه وليس مما ذكرنا فاما
فيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق كان اشترى حنطة على ان يطحنها
البايع او يتركها في داره شهرا او ثوبا على ان يخيطه فالبيع فاسد وكذا شرط ان لا يبيع المشتري العبد
لانه يعجبه ان لا يتداوله الايدي وكذا على ان لا يخرجه من ملكه مثلا وفي الخلاصة اشترى عبدا على ان
يبيعه من فلان لا يجوز لان له طالبا وكذا اذا كانت المنفعة لغير العاقدين ومنه اذا باع ساحة على
ان يبني بها مسجدا او طعاما على ان يتصدق به فهو فاسد اما لو كان المبيع ثوبا او حيوانا غير ادمي فقد خرج
الجواز مما ذكر في المزارعة من احد المزارعين اذا شرط في المزارعة ان لا يبيع الاخر نصيبه او لا يهبه ان المزارعة
جايزة والشرط باطل لانه ليس لاحد العاملين فيه منفعة وكذا ذكر الحسن في المجرد قال المصنف وهو
الظاهر من المذهب لانه اذا لم يكن من اهل الاستحقاق انعدمت المطالبة والمنازعة فلا يودي الى الربا
وما ابطل الشرط الذي فيه المنفعة البيع الا لانه يودي اليه لانه زيادة عارية عن العوض في عقد البيع
وهو معنى الربوا ومن مثل الباطل بيع العبد على ان يعتقه المشتري او يكاتبه او يدبره والشافعي يخالفنا
في شرط العتق في احد قوليه فيصححه ثم ان اعتقه المشتري فذاك والا اجبر البايع في فسخ العقد ولا يجبر عليه
في قول بعض اصحابه وفي قول اخرين يجبر قال المصنف وتفسيره الشافعي على بيع العبد نسمة ثم فسره بان
يبيعه ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه ذلك وعلى تفسير المصنف هذا تحقق صورة القياس واما
على تفسيره بان يباع بشرط عتقه فلا يصح لانه نفس المقيس عليه الا ان قوله لا ان يشترط فيه يفهم من قوته
ان تفسيره بما ذكر مخالف لتفسير الشافعي بذلك فنفاه وحينئذ يقوى الاعتراض عليه بانه حينئذ لا اتيا
قال والحجة عليه ما ذكرناه يعني من الحديث والمعنى وانت علمت انه يرجع الى تخصيص العام بالخاص
كيف ما وجدا وهو مذهبه ولهذا خصصه بحديث بريرة وجوابه ان ليس في حديث بريرة اصلا
ان البيع كان بشرط العتق بل كان على وعد العتق منها وحينئذ فليس من تخصيص منع بيع بشرط في شيء ولا
يصلح البيع ممن يظن عتقه اصلا لقياس البيع بشرط عتقه لعدم الجامع ونسمة منصوب على الحال بمعنى
معرضا للعتق وعبر بالنسمة عنه لكثرة ذكرها فيما اذا اعتقت في مثل قوله صلى الله عليه وسلم فك
الرقبة واعتق النسمة فصيرت كالاسم لما عرض للعتق فعوملت معاملة الاسماء المتضمنة لمعنى الفعل
قوله فلو اعتقه المشتري الى اخره هذا فرع على قولنا بفساد البيع بشرط العتق وهو ان المشتري بهذا
الشرط لو اعتقه بعدما قبضه عتق ثم عند ابي حنيفة يرجع البيع صحيحا حتى يجب الثمن عنده وعندهما
لا يعود صحيحا فتلزمه قيمته واما لو اعتقه قبل القبض فلا يعتق بالاجماع لانه لا يملكه قبل القبض لفساد

البيع

البيع وجه قولهما انه تلف بعد ان ملكه بالقبض في بيع فاسد فلا ينقلب جايزا كما لو تلف بوجه اخر
من موت او قتل او بيع او هبة وقياسا على تدبيره واستيلادها فان هناك الضمان بالقيمة اتفاقا
فهو اوفى بالشرط اعتبار الحقيقة الحرية بحق الحرية ولابي حنيفة ان شرط العتق وان كان لا يلايم العقد على
ما ذكرناه يعني قوله لان قضية العقد الاطلاق في التصرف والتخيير الى اخره ولكنه من حيث حكمه وهو
ثبوت الحرية يلايمه لانه اي العتق منه للملك الذي هو اثر البيع والشيء بانتهايه يتقرر وجوده ولهذا
لا ينتقض له فيكون صحيحا ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب اذا اطلع عليه بعد ان اعتقه
بخلاف ما اذا تلف بوجه اخر لانه لا يصير به هذا الشرط ملايما فيبقى على مجرد جهته المفسدة
ولذا لو مات لا ينقلب صحيحا لان موته لا يصير شرط العتق ملايما وهو المنظور اليه في افساد العقد وتصحيحه
وكون الشيء اخر كالموت ونحوه ملايما لا يصير به هذا الشرط الذي وقع مفسدا ملايما واما شرط التدبير
والاستيلاد فكذلك لا يصير العقد صحيحا اذا دبره المشتري او استولدها لانه لا يصير به شرط التدبير
والاستيلاد ملايما لانه يتحقق امتناع ورود الملك عليه ولم يوجب لجواز ان يحكم قاض بصحة بيعهما فيتقرر
الفساد واورد لما كان فعل هذا الشرط مصححا ينبغي ان يكون العقد صحيحا في الابتداء عند اشتراطه
اجيب بانه من حيث هو مخالف لمقتضى العقد وانما يلايمه باعتبار حكمه فعملنا في الابتداء قبل تحققه
بمقتضى ذاته وعند تحقق حكمه بفعله بمقتضى حكمه ولو اشترى امة بشرط ان يطاها المشتري او لا
يطاها فالبيع فاسد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يجوز في الاول لانه ملايم للعقد قلنا
الملايم له اطلاق الوطي لا الزامه وعند محمد يصح فيهما الاول لما لابي يوسف والثاني انه لم تقتضه
العقد فلا يرجع نفعه لاحد فهو شرط لا طالب له قوله وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه
البايع شهرا او دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري دراهم او على ان يهدي له هدية او ثوبا
على ان يقطعه المشتري قميصا او قباء فهو فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وقد ورد في عين بعضها نهي خاص وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اي
قرض ثم خص شرطي الاستخدام والسكنى بوجه معنوي فقال ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما
شيء من الثمن بان يعتبر المسمى ثمنا بازاء المبيع وبازاء اجرة الخدمة والسكنى تكون اجارة في بيع ولو كان
لا يقابلهما تكون اعارة في بيع وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة فتناول
كلا من الاعتبارين المذكورين رواه احمد عن اسود بن عامر عن شريك عن سماك عن عبد الرحمن بن عبد الله بن
مسعود عن ابيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة اما ثبوته فقد
رواه البزار في مسنده عن اسود بن عامر به واعل بعض طرقه ورجح وقفه وبالوقف رواه ابو نعيم
وابو عبيد القاسم بن سلام واما معناه ففسره المصنف لما سمعت وفسره ابو عبيد القاسم بن سلام
بان يقول الرجل للرجل ابيعك هذا نقدا بكذا ونسيئة بكذا ويفترقان عليه انتهى ورواية ابن حبان
للحديث موقوفا الصفقة في الصفقتين ربا يويد تفسير المصنف مع انه اقرب تبادرا من تفسير
ابي عبيد واكثر فايدة فان كون الثمن على تقدير النقد الفا وعلى تقدير النسيئة الفين ليس في معنى
الربا بخلاف اشتراط نحو السكنى والخدمة واعلم انه روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه نهى عن بيعتين في بيعة ويظهر من كلام بعض من تكلم في الحديث ظن انه معنى الاول وليس كذلك

بل هذا اخص منه فانه في خصوص من الصفقات وهو البيع وفسره الشافعي بان يقول ابيعك داري
هذه بكذا على ان تبيعني غلامك بكذا فاذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا حديث صحيح
رواه الترمذي والنسائي وقال الترمذي حسن صحيح ورواه مالك بلاغا وفي فتاوي الولوالجي
لو قال بعتك هذه الدار بالف على ان يقرضني فلان الاجنبي عشرة دراهم فقبل المشتري ذلك البيع
لا يفسد البيع لانه لا يلزم الاجنبي لانه لو لزمه فاما بطريق الضمان عن المشتري او بطريق الزيادة في
الثمن لا وجه الى الاول لانه ليس في ذمة المشتري فكيف يتحملها الكفيل ولا الى الثاني لانه لم يقبل على اني
ضامن واذا لم يلزم الاجنبي لا يفسد البيع ولا خيار للبايع لانه لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط
في البيع على المشتري وقد سلم له ذلك • وفي الفتاوي الصغرى قال بع عبدك من فلان على ان الثمن
علي والعبد لفلان حكي عن ابي الحسن الكرخي انه يجوز وهو خلاف ظاهر الرواية واستبعده ابو بكر الجصاص
فروع باع امة بشرط ان يطاها المشتري او ان لا يطاها فسد البيع عند ابي حنيفة فيهما لما ذكر
من ان مقتضى العقد الاطلاق وهذا تغيير احد الجايزين وعند ابي يوسف يفسد في الثاني لما قلنا
ويصح الاول لان العقد يقتضيه وعند محمد يصح فيهما ولو كان في الشرط ضرر كان شرط ان يقرض اجنبيا
لا يفسد العقد وذكر القدوري انه يفسد ولو لم يكن فيه منفعة ولا مضرة كان اشترى طعاما بشرط
ان ياكله او ثوبا بشرط ان يلبسه جاز • وذكر الامام قاضي خان العقود التي تتعلق تمامها بالقبول اقسام ثلاثة
قسم يبطل بالشرط الفاسد وجهالة البدل وهي مبادلة المال بالمال كالبيع والاجارة والقسمة والصلح
عن دعوى المال وقسم لا يبطل بالشرط الفاسد ولا بجهالة البدل وهو معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح
والخلع والصلح عن دم عمد وقسم له شبه بالبيع والنكاح وهو الكتابة يبطل بجهالة البدل ولا يبطلها
الشرط الفاسد • وفي الخلاصة التي تبطل بالشروط الفاسدة ولا يصح تعليقها بالشرط ثلثة عشر البيع
والقسمة والاجارة والرجعة • والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل في رواية
شرح الطحاوي وتعليق ايجاب الاعتكاف بالشرط والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف في رواية
وما لا يبطل بالشروط الفاسدة ستة وعشرون الطلاق والخلع ولو بغير مال والعتق بمال وبلا مال
والرهن والقبض والهبة والصدقة والوصاية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والتحكيم
بين اثنين عند محمد خلافا لابي يوسف والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والنسب والكتابة
واذن العبد ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالا او مؤجلا وجناية
الغصب والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرطها حوالة او كفالة وعقد الذمة وتعليق الرد
بالعيب وتعليق الرد بخيار الشرط بالشرط وعزل القاضي والنكاح لا يصح تعليقه ولا اضافته لكن لا يبطل
بالشرط ويبطل الشرط وكذا الحجر على الماذون لا يبطل الحجر ويبطل الشركة وكذا الحجر على الماذون لا يبطل
الحجر ويبطل الشرط وكذا الهبة والصدقة والكفالة بالشرط المتعارف يصح هي والشرط وبغير المتعارف
يبطل وتصح الكفالة انتهى فالحاصل ان كلما كان من قبيل التمليكات او التقييدات لا يصح تعليقه فمن
الاول الاقرار والابرا ومن الثاني عزل الوكيل والحجر على العبد والرجعة والتحكيم عند ابي يوسف من
قبيل التمليكات فلا يتعلق وعند محمد يتعلق لانه من اطلاق الولاية كالقضاء والاذن والايصاء والوكالة
وان جعل الوكالة في شرح الطحاوي من قبيل التمليكات بل هي بالولايات اشبه **قوله** ومن باع عينا

على ان لا يسلمها اياها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل فيكون شرطا فاسدا
وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون لانها ليست معينة في البيع فيحصل بالاجل الترفيه بخلاف
البيع العين فانه معين حاضر فلا فايدة في التزامه تاخير تسليمه اذ فايدة الاستحصال به وهو حاصل
فيكون اضرارا بالبايع من غير نفع للمشتري **قوله** ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع والاصل ههنا
ان ما يصح استثناؤه من العقد وما لا يصح استثناؤه هو ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه من العقد وما يصح يصح وما لا يصح افراده بالعقد فلا يصح استثناؤه وهذا وهو كون الحمل
لا يصح افراده بالعقد لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة كرجل الشاة واليتها حتى انه يقرض
عنها بالمقراض واطراف الحيوان لا تفرد بالعقد اجماعا ومن فروعه بعتك هذه الصبرة الا قفيزا منها
بكذا يجوز لان افراد قفيز منها بالبيع يجوز ولو قال بعتك هذا القطيع من الغنم الا شاة بالف لا يجوز
لانه لا يجوز شراء شاة من هذا القطيع بغير عينها بخلاف ما لو استثنى هذه الشاة فانه يجوز لانتفاء
الجهالة حيث يجوز لجواز افرادها بالعقد وكذا الحال في كل عددي متفاوت ومنه ما اذا باع حيوانا
واستثنى ما في بطنه لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحبل • واما ان لا ينفرد بالعقد لا يجوز استثناؤه فلان
الاستثناء انما يخرج بعض ما تناوله الصدر عن حكمه وما يدخل تبعا ليس مما يتناوله اللفظ كالمفاتيح
لا يتناولها اسم الدار فلا يستثنى • واما قول المصنف بيع الاصل يتناولها اي الاصل والتبع
فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج من حكم الصدر وحكمه
هو موجبه فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه ان يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء
يكون على خلاف الموجب فلا يفيد لان الاستثناء ليس الا اخراج من حكم الصدر وحكمه هو موجبه
فلو صح ذلك بطل الاستثناء واصلاحه ان يريد بالتناول فيها الحكم بطريق التبعية والاستثناء يكون
على خلاف الموجب اي بطريق الاستثناء وبعينه لا حقيقة موجبه وذلك لا يجوز واذا لم يصح الاستثناء
بقي شرطا فاسدا وفيه نفع للبايع والبيع يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط
الفاسدة لانها عقود معاوضة فيجعل بطلانها بالشروط الفاسدة اثر المشابهة وتعلل المشابهة بانها
عقود معاوضات الا ان المفسد في الكتابة شرط فاسد تمكن في صلب العقد وهو ما يقوم به العقد
مثل ان يكاتب المسلم عبده على خمر او خنزير او على قيمته فالكتابة فاسدة لتمكن الشرط المفسد في صلب
العقد بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الكاين في صلب العقد وغيره وانما اختص فساد الكتابة بالشرط
بذلك لشبهة الاعتاق والنكاح من حيث ان احد البدلين ليس بمال في حق نفسه وكونه معاوضة
انما هو بالنسبة الى السيد في الانتها وكان له شبهان شبه بالبيع وشبه بما ليس بمعاوضة فيفسد
بالمفسد القوي وهو ما يتحقق في صلب العقد باعتبار شبهه للبيع ولم يفسد بما ليس كذلك لشبهة العتق
والنكاح ومما لا يفسدان مطلقا بالشرط الكاين في صلب العقد ولا في غيره • واما الهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط فلا يبطل استثناء الحمل
فلو قال وهبتك او تصدقت عليك بهذه الجارية الا حملها او تزوجت على هذه الجارية او اخلعني
عليها الا حملها او جعلها بدل الصلح الا حملها صحت هذه التصرفات وبطل الاستثناء ويدخل الحمل وهي
وان كانت من قبيل التمليكات لكن عرف بالنص انها لا تبطل بالشرط الفاسد لانه صلى الله عليه وسلم اجاز

العمري بشرط عود المعمر فتصير العمري لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر واما الوصية فلا تبطل
باستثناء الحمل بل تصح بالاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث
والميراث يجري في الحمل بخلاف ما اذا استثنى خدمتها بان اوصى بجارية الا خدمتها او الا غلتها
حيث لا يصح الاستثنا لان الميراث لا يجري في الخدمة والغلة بانفرادها حتى لو اوصى بخدمة
الجارية او غلتها لفلان فمات فلان بعد صحة الوصية لا يرث ورثته خدمتها ولا غلتها بل يعود
الى ورثة الوصي بخلاف ما لو اوصى بحمل جاريته لاخر حيث يصح ويكون حملها له واورد على الاصل
ان الخدمة يصح افرادها بالوصية فيجب ان يصح استثناؤها اجيب بمنع لزوم ذلك بدليل قولهم
كلما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة في الاجارة ولم يلزم كلما لا يصح ثمنا لا يصح اجرة وبان
الوصية ليس عقدا حتى صح قبول الموصى له بعد موت الموصي والعقد بعد الموت لا يصح فلا يرد نقضا له

فروع باع صبرة بماية الا عشرها فله تسعة اعشارها بجميع الثمن ولو قال على ان عشرها لي
فله تسعة اعشارها بتسعة اعشار الثمن خلافا لما روي عن محمد انه بجميع الثمن فيهما وعن ابي يوسف
لو قال ابيعك هذه المائة شاة بماية على ان هذه لي او ولي هذه فسد ولو قال الا هذه كان ما بقي بماية
ولو قال ولي نصفها كان النصف بخمسين ولو قال بعتك هذا العبد بالف الا نصفه بخمسمائة عن محمد
جاز في كله بالف وخمسماية لان المعنى باع نصفه بالف لانه الباقي بعد الاستثنا فالنصف المستثنى عين
بيعه بخمسماية ولو قال على ان لي نصفه بثلثماية او ماية دينار فسد لادخال صفقة في صفقة ولو
قال بعتك الدار الخارجة على ان تجعل لي طريقا الى داري هذه الداخلة فسد البيع ولو قال الا طريقا
الى داري الداخلة جاز وطريقه عرض باب الدار الخارجة ولو باع بيتا على ان لا طريق للمشتري في الدار
وعلى ان بابه في الدهليز يجوز ولو زعم ان له طريقا فظهر ان لا طريق له يرد ولو باعه بالف دينار
الا درهما او الا ثوبا او الا كر حنطة او هذه الشاة الا واحدة لا يجوز ولو كانت بعينها جاز ولو
باع دارا على ان لا بناء فيها فاذا فيها بناء البيع فاسد لانه يحتاج الى نقض البنا ولو باعها على ان بناها
من آجر فاذا هو لبن فهو فاسد بناء على انهما جنسان كما لو باعه ثوبا على انه هروي فظهر بلخيا ولو باع
الارض على ان فيها بناء فاذا لا بنا فيها او اشترى بشجرها وليس فيها شجر جاز وله الخيار وكذا لو باع
بعلوها وسفلها فظهر ان لا علو لها ومثله لو اشترى باجذاعها **قوله** ومن اشترى ثوبا على ان
يقطعه البايع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد باجماع الايمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين في صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين
في صفقة الا ان هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شيء من الثمن فهو شرط اجارة في بيع
وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة في بيع **قوله**
ومن اشترى نعلا على ان يحذوها البايع المراد اشترى اديما على ان يجعله البايع نعلا له فاطلق عليه
اسم النعل باعتبار اوله ويمكن ان يراد حقيقة اي نعل رجل واحدة على ان يحذوها اي يجعل معها
مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذو النعل بالنعل اي قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله
او يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشتري اديما على ان يجعل له شراكا فلا بد ان يراد
حقيقة النعل فالبيع فاسد قال المصنف رحمه الله ما ذكره يعني القدوري جواب القياس ووجهه

مما بيناه من انه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لاحد العاقدين وفي الاستحسان يجوز البيع ويلزم
الشرط للتعامل كذلك ومثله في ديارنا شراء القبقاب على هذا الوجه اي على ان يسمر له سيرا وصار كصبغ
الثوب مقتضى القياس منعه لانه اجارة عقدت على استهلاك عين مع المنفعة وهو عين الصبغ ولكن
جوز للتعامل ومثله اجارة الظئر مع لزوم استهلاك اللبن جاز للتعامل لكن في الفوايد المستحق بالاجارة
فعل الصبغ والحضانة في استيجار الصباغ والظئر والصبغ واللبن آلة فعلها وللتعامل جوزنا
الاستصناع مع انه بيع المعدوم ومن انواعه شراء الصوف المنسوج على ان يجعله البايع قلنسوة بشرط
ان يبطن لها البايع بطانة من عنده وهذا نوع اخر من الشرط وهو البيع بشرط ان به كذا وما تقدم كان
المشروط معدوما فيشترط ان يفعل من هذا ذكر هشام عن محمد اشترى شاة على انها حامل يفسد البيع
وعن الشافعي قولان واصحهما يصح وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وقال بعض اصحابه القولان في
غير الادمي اما في الجواري يصح قولا واحدا وهو قولنا ذكر هشام عن محمد اشترى جارية على انها حامل
يجوز البيع الا ان يظهر ان المشتري يريدها للظئورة فيفسد ولا يخفى ما فيه بعد فرض ان المشتري
علم بذلك بل بشرطه وكونه اشترى بخلاف ما يحصل غرضه لا يوجب فسادا بعد الرضى به وعلى الحنود
شرط الحبل من البايع لا يفسد لان البايع يذكره على بيان العيب عادة ولو وجد من المشتري يفسد لانه
ذكر على وجه اشتراط الزيادة ولو اشترى سمنا او زيتونا او حنطة على ان فيها كذا دهنا او يخرج
كذا دقيقا فالبيع فاسد وبه قال الشافعي ولو شرط في الشاة انها حلوب او لبون لم يذكره محمد واختلف
فيه فالكرخي يفسد والطحاوي لا يفسد وهو قول الشافعي لانه مرغوب فيه والوجه انه لا يجوز لوقوع
المنازعة في ان معنى الحلوب ما يكون لبنها هذا المقدار او اكثر من هذا الى غاية كذا ولو منفعة الشرط
لغير العاقدين كالبيع على ان يقرض فلانا كذا ففيه اختلاف المشايخ وقال محمد كل شيء لو شرط على البايع يفسد به
البيع اذا شرط على اجنبي فهو باطل وكل شيء لو شرط عليه لا يفسد به اذا شرط على اجنبي فهو جائز ويخير
المشتري كالبيع بماية على ان يحط فلان الاجنبي عشرة جاز البيع ويخير المشتري ان شاء اخذه بماية وان
شاء ترك وعن ابي يوسف لو اشترى على ان يهب البايع للمشتري او لفلان الاجنبي دينارا من الثمن فالبيع
فاسد وفي المنتقى خلافه فيما اذا كانت الهبة من المشتري قال لو اشترى على ان يهب له دينارا من الثمن
جاز وهو حسن لان حاصل هذا حطيطة مشروطة ومآلها الى الشرا بالثمن الا نقص ولو باع رقبة الطريق
على ان له المرور او السفل على ان له قرار العلو جاز ولو باع عبدين على انه شريك المشتري في نصف هذا
فسد ولو قال نصفيهما جاز كما لو باع هذا الثوب وقال انا شريكك في نصفه ومقتضى النظر ان يجوز
الاول ايضا لانه في الحاصل بيع احدهما بعينه ونصف الاخر شايعا صفقة ولا مانع من ذلك ولو باع
هذا بالف الا نصفه بستماية فقد باع نصفه باربعماية **قوله** والبيع الى النيروز وهو يوم في
طرف الربيع واصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضي الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز وحين كان الكفار
يبتهجون به والمهرجان يوم في طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس وصوم النصارى
وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وعرف بهذا التعليل ان المراد بالمؤجل
هنا هو الثمن لا المبيع مفسد ولو كان الى اجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تاجيل المبيع بجهالة الاجل
وبقوله اذا لم يعرف الى اخره ان الفساد بالتاجيل الى هذه بناء على عدم معرفة خصوص وقتها عندهما

فلو كانا يعلمان ذلك صح قيل وتخصيصه اليهود بالفطر ظاهر في ان النصارى صومهم غير معلوم والحاصل
ان المفسد الجهالة فاذا انتفت بالعلم بخصوص هذه الاوقات جاز ولذا قالا وكان يومًا واعلم
ان كون التاجيل في الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو في الثمن الدين اما لو كان ثمنا عينا فيفسد البيع
بالاجل فيه للمعنى الذي ذكرناه مفسد التاجيل المبيع عند قوله ومن باع عينا على ان لا يسلمه
الى راس الشهر وقوله لانتفائها على المماكسة المماكسة استنقاص الثمن والمكس والمكاس في معناه
وهو موجود في البيع عادة وهو يوجب المنازعة فكانت المنازعة ثابتة في البيع لوجود موجبها في
الجملة وعند جهالة وقت القبض يحصل اخرى على وجه يفضي بالدين والنفس فلا يشرع العقد مع
ذلك وحقيقة هذا يصلح تعليلا لقولنا لا يحتمل البيع هذه الجهالة اليسيرة بخلاف الكفالة ولا
يجوز البيع الى قدوم الحاج والحصاد بفتح الحاء وكسرها ومثله القطاف وهو للعنب والدياس وهو
دوس الحب بالقدم لينقشر واصله الدواس بالواو ولانه من الدوس قلبت ياء للكسرة قبلها والجزاز اي
جز الصوف الغنم لانها تتقدم وتتاخر وذكر شمس الائمة ان المراد به جزاز النخل ولو كفل الى هذه الاوقات
جاز لان الجهالة اليسيرة متحملة على الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة اي قريب تداركها وازالتها
جهالتها وتحليل الدليل هكذا هذه جهالة يسيرة وكل جهالة يسيرة متحملة في الكفالة لانها عقد
تبرع مبني على المسامحة فهذه متحملة فيها وعلى هذا فالسؤال المورد من قبل شمس الائمة وهو كون الجهالة
اليسيرة متحملة في موضع لا يدل على ان يكون التاجيل الى هذه الاوقات المجهولة متحملا الا يرى ان
الصداق يتحمل الجهالة حيث يحتمل جهالة وصفه ثم لا يصح فيه اشتراط هذه الاجال سؤال اجنبي
عن هذا المحل ثم اجاب بان الاصح صحة هذه الاجال في الصداق خلافا لقول البعض انها لا يصح تاجيل
الصداق اليها وانما يرد هذا اذا قيل الجهالة اليسيرة متحملة في الصداق كجهالة الوصف فيورد
عليه النقض بعدم تحمله جهالة هذه الاجال ويجاب بما ذكر وقوله لاختلاف الصحابة احتجة بمنع الا
على انها جهالة يسيرة فان من الصحابة من اجازها كعايشة رضي الله عنها اجازت البيع الى العطا وابن
عباس منعه وبه اخذنا ولو كانت جهالة قوية لم يختلفوا في عدم الصحة معها وقد قالوا ان العطا
كان لا يتقدم ولا يتاخر فجاز كونه اجلا اذ ذاك لصدق الخلفاء الراشدين في ميعادهم في صرفه
واما الان فيتاخر عن مواعيدهم كثيرا فلا يصح التاجيل اليه الان فان صح هذا فكيف يتصور من
ابن عباس خلافه والظاهر انه كان يتقدم ويتاخر قليلا نحو يوم او يومين فاهدرته عايشة واعتبره
ابن عباس ثم قيل اليسيرة ما يكون الموجب للجهالة التردد في التقدم والتاخر والفاحشة هي ما يكون التردد
في نفس الوجود كهبوب الريح وقوله ولانه معلوم الاصل اي ولان الدين معلوم فاعاد الضمير عليه لانه
للكفالة اذ يستلزم دينا يعني الاصل وهو الدين معلوم والجهالة في وصفه وهو كونه موجلا
الى كذا الذي قد يتقدم ويتاخر وقوله اليسير اي الى اخره ابتداء لا تعليل لقوله لانه معلوم الاصل
وحاصله انه اثبت كون الجهالة يسيرة باختلاف الصحابة في مثلها وبان الدين المكفول به معلوم
الاصل فلم يتحقق جهالة الا في الوصف وجهالة الوصف يسيرة ثم ارتفع الى اولوية صحة هذه الاجال
في الكفالة بان اصل الكفالة يحتمل جهالة الاصل كالكفالة بما ذاب لك على فلان والذوب غير
معلوم الوجود فلان يحتمل جهالة الوصف فيه اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن فكذا

في وصفه فاتجه عليه ان يقال لا يلزم من عدم تحمل اصل الثمن الجهالة عدم تحمل وصفه وهو اضعف
لان الاصل اقوى اجيب بان الاشتراك في العلة يوجبه في الحكم وعلة عدم تحملها في الاصل الافضا
الى المنازعة وهو موجود في جهالة الوصف ثم افاد انما ذكره من عدم تحمل البيع جهالة هذه الاجال
هو اذا ذكرت في اصل العقد اما اذا عقد بلا اجل وهو قوله بخلاف ما اذا باع مطلقا اي عن ذكر
الاجل حتى انعقد صحيحا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز فالتاجيل بعد الصحة كالكفالة
تتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تاجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل بالشرط
الفاسد وقبول هذه الاجال شرط فاسد قوله ولو باع الى هذه الاجال ثم تراضيا على اسقاط
الاجل قبل ان يجيء بان اسقطاه قبل ان ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز
البيع ايضا كما جاز اذا عقد بلا اجل ثم الحق هذه الاجال وقال زفر لا يجوز وتقييده بهذه الاجال
لاخراج نحو التاجيل لهبوب الريح ونزول المطر فانه لو اجل بها ثم اسقطه لا يعود صحيحا اتفاقا وجه
قوله ان العقد فاسد فلا ينقلب جايزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل وكالاشهاد عليه
بعد عقده بلا شهود لا ينقلب جايزا وبيع الدرهم بالدرهمين اذا اسقطا الدرهم لا يعود صحيحا
ولنا ان هذه الجهالة مانع من لزوم العقد وليس في صلب العقد بل في اعتبار امر خارج هو الاجل
وصلب العقد البدلان مع وجود المقتضي للصحة وهو مبادلة المال بالمال على وجه التراضي فاذا
زال المانع قبل وجود ما يقتضي سبب الفساد وهو المنازعة عند المطالبة الكاينة عند مجيء الوقت
ظهر عمل المقتضي وهو معنى انقلابه صحيحا بخلاف ما قاس عليه من الاشهاد المتاخر فان عدم الاشهاد
عدم الشرط وبعد وقوع المشروط فاسدا لعدم الشرط لا يعود ذلك بعينه صحيحا مثلا اذا صلى بلا
وضوء ثم توضا لا تصير تلك الصلوة صحيحة وانما نظيره ما نحن فيه ان يتوضا قبل عمل المفسد وهو
عدم الشرط وذلك قبل الصلوة واما النكاح الى اجل فليس هو عقد النكاح بل عقد اخر لا وجود له
في الشرع بعد نسخ المتعة وعقد من العقود لا ينقلب عقدا اخر فلا يصح اسقاط الدرهم في صلب
العقد والذي يحتاج بعد هذا الى الجواب ما اذا اسقط الرطل الخمر فيما اذا باع بالف ورطل خمر
نص محمد على جواز البيع وانقلابه صحيحا ذكره في اخر الصرف اللهم الا ان يقال هو تبع للالف الخمر في بيع
المسلم بخلاف ما اذا باع بالخمر فانه حينئذ يتعين كون الخمر هو الثمن ويفسد اذ لا مستتبع هناك هذا
والحاق زفر بالنكاح الى اجل بطريق الالزام فانه يجيز النكاح الموقت ثم قول المصنف رحمه الله تعالى
وقوله في الكتاب تراضيا اي قول القدوري في مختصره قوله ومن جمع بين عبد وحر او شاة ذكية
وميتة بطل البيع فيهما سوا فصل ثمن كل واحد او لم يفصل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان سمي لكل واحد منهما ثمنا جاز في العبد بما سمي له وكذا في الزكية واذا لم
يسم بطل بالاجماع وبقول ابي حنيفة قال مالك وعن الشافعي واحمد كل من القولين وعلى الخلاف ما اذا
باع دنين خلا فاذا احدهما خمر ولو جمع بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره ولم يفصل الثمن صح
البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلاثة وقال زفر فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا
كالميتة والمكاتب وام الولد كالمدبر واجمعوا انه لو باع عبدين فاستحق احدهما لا يبطل البيع
في الاخر لزفر الاعتبار بالفصل الاول وهو ما اذا جمع بين عبد وحر ولم يفصل ثمن كل لجامع انه باع

ما لا يصح بيعه مع ما يصح مجموعاً صفقة وهو يوجب انتفاء محلية البيع بالإضافة إلى المجموع إذ بعد
أن الكل من حيث هو كل ليس بمال ولهما في الأول أن الفساد لا يتعدى محل المفسد وبعد تفصيل الثمن تقتصر
المفسد وهو عدم المحلية على الحر ونحوه فلا يتعدى إلى غيره لأنه حينئذ بلا موجب لأن كلا منهما قد
انفصل عن الآخر بتفصيل الثمن ألا يرى أنه لو هلك أحدهما قبل القبض بقي العقد في حق الآخر لو كان
كل منهما عبداً وصار كما لو جمع بين أخته وأجنبية في عقد النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل منهما
لأن الفساد حينئذ في الكل لجهالة ثمنه ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أعني الجمع بين الحر
والعبد والجمع بين الأجنبية وأخته والمدبر والعبد أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً والبيع
صفقة واحدة بدليل أنه ليس للقابل أن يقبل في أحدهما بعد جعل قبول العقد في كل شرطاً في
بيع الآخر فقد شرط في قبول العقد قبوله في الحر وهو شرط فاسد فيبطل بيع العبد بخلاف النكاح
لا يبطل بالشرط الفاسد أما بيع هؤلاء فموقوف على القضاء في المدبر ورضى المكاتب في الأصح خلافاً لما
روي عن أبي حنيفة وأبي يوسف وإجازة ذلك الغير فقد دخلوا في العقد لقيام المالية على قول بعض
المجتهدين في أم الولد أيضاً فقد دخلت أيضاً على قول أبي حنيفة وأبي يوسف إلا أن المالك أي مالك العبد
المضموم إلى العبد البائع باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع بعد وجوده فيما
يقبله وهذا في أم الولد بناء على صحة القضاء ببيعها عندهما خلافاً لمحمد وهو بناء على أن إجماع
التابعين اللاحق هل يرفع خلاف الصحابة السابق عندهما لا يقوى لدفع خلاف الصحابة وعند
محمد نعم فلذا صح القضاء ببيعها عندهما نظراً إلى الخلاف وعنده لا نظراً إلى الإجماع وارتفاع
الخلاف مع أن قول عبيدة لعلي رضي الله عنه لما قال بدا لي رأي أنهن يسعن رأيك في الجماعة أحب
إلينا من رأيك وحدك ظاهر في أن أكثر الصحابة كانوا على منع بيعها وكلهم إلا علياً وقد ذكر الكرخي
رجوع أبي يوسف في مسألة الطوق والجارية إذا باعهما بثمن مؤجل كما يجيء في الصرف فاستدلوا به
على رجوعه في جميع هذه المسائل إذ الفرق بينهما لا يتضح كذا في المبسوط قيل ينبغي أن يكون الجمع
بين متروك التسمية عامداً وبين الذبيحة كالجمع بين القن والمدبر على قول أبي حنيفة لضعف الفساد
في متروكها للاجتهاد أجيب بالفرق بأنه لا يحل بالقضاء ويصح بيع المدبر به والاجتهاد فيه
غير معتبر بل نفس الاجتهاد خطأ لمصادمته ظاهر النص هذا وقد يجعل الخلاف بينهم بناء على
الخلاف في تعدد الصفقة واتحادها فقد تقدم أول كتاب البيع أن تعددها عندهما
بتعدد الثمن وتفصيله وعنده لا يحصل بذلك التعدد بل لا بد مع ذلك من تكرار لفظ البيع
وما في الذخيرة أن البائع إذا فصل الثمن وسمى لكل ثمناً على حدة واتحد الباقي كانت الصفقة متحدة
هو على قول أبي حنيفة وأورد من قبلهما أن قبول العقد فيما لا يصح شرط ليس فيه منفعة فلا يكون
مفسداً أجيب بمنع اشتراط النفع في إفساد الشرط أولاً وليس بشيء ثم لو سلم ففيه نفع لأن في قبوله
قبول بدله وهو مال متقوم والحر ليس بمال فيكون بدله خالياً عن العوض فيكون رباً وقوله وكذا
هذا يعني رد البيع إشارة إلى البقاء يعني دخولهم تحت البيع لأن رد البيع بدون انعقاده لا يصح
وإذا خرجوا بعد دخولهم لا يكون فيه بيع بالحصة ابتداء بل بقاء كما إذا باع عبدين وهلك أحدهما
قبل القبض ينفسخ البيع فيه وحده ويجب حصة الآخر من الثمن وإذا كان المدبر وما معه محلاً للبيع

لم يكن جمعه مع الغير يتضمن اشتراط قبول العقد في غير المبيع **فروع** في الكافي جمع بين وقف
وملك وأطلق صح في الملك في الأصح وقال الحلواني يفسد فيهما ثم رجع وقال جاز في الملك
كما في العبد والمدبر ولو باع كرماً فيه مسجد قديم إن كان عامراً يفسد البيع وإلا لا وكذا في المقبرة
ولو اشترى داراً فيه طريق للعامة لا يفسد البيع والطريق عيب ولو اشترى داراً بطريقها ثم
استحق الطريق إن شاء أمسكها بحصتها وإن شاء ردها إن كان الطريق مخالطاً بها وإن كان متميزاً
لزمه الدار بحصتها ومعنى اختلاطه كونه لم يذكر له الحدود وفي المنتقى إذا لم يكن الطريق محدوداً
فسد البيع والمسجد الخاص كالطريق المعلوم ولو كان مسجد جماعة فسد البيع في الكل وفي بعض
النسخ ولو كان مسجداً جامعاً فسد في الكل وكذا لو كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن
يكون أصله مسجداً جامعاً فسد في الكل وكذا لو كان مهدوماً أو أرضاً ساحة لا بناء فيها بعد أن
يكون كذا في المجتبى والظاهر أن هذا متفرع على قول أبي يوسف في المسجد إلا أن كان من ربعه
معلوم بعاديه ولو باع قرية وفيها مسجد واستثنى المسجد جاز **فصل في أحكامه**
قال وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع صريحاً أو دلالة كما سيأتي وفي العقد
عوضان كل منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته ومعلوم أنه إذا لم يكن فيه خيار شرط لأن ما فيه
من الصحيح لا يملك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخفى أن لزوم القيمة عيناً إنما هو بعد هلاك
المبيع في يده أما مع قيامه في يده فالواجب رده بعينه وقال الشافعي لا يملكه وإن قبضه لأنه
أي البيع الفاسد محظور فلا ينال به نعمة الملك ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين المشروعية
والنهي والمراد النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا أي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل
القبض ولو كان مشروعاً لثبت قبله كما في البيع الصحيح وصار كما إذا باع الخمر بالميتة أو باع الخمر بالدراهم
فإن الاتفاق على أنه لا يفيد الملك في الوجهين وما ذاك إلا لانتفاء مشروعية السبب ولنا أن ركن
العقد صدر من أهله في محله ولا خفاء في الأهلية ولا في المحلية وركنه مبادلة المال بالمال
وفيه الكلام أي الكلام مفروض فيما إذا كان في العقد عوضان هما مال لأن قوله نعمة الملك لا تنال
بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سبباً لحكم إذا نهي عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك
الوضع رأيناه من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لإزالة العصمة ونهي
عنه بوضع خاص وهو ما إذا كانت المرأة حائضاً ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فأزال
به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة دفعاً للمعصية بالقدر الممكن وأثم المطلق فصار هذا أصلاً
في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته على الوجه الفلاني إذا بوشر معه يثبت حكمه ويعصي به وقوله
النهي نسخ للمشروعية بمعنى يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب
كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يفيد حكمه إن أردت الأول سلمناه ومنعنا أنه
مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع وإن أردت الثاني فهو محل
النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ
لأن فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع النهي فإنه للتحريم أو لكراهة التحريم إذا كان ظني الثبوت
وهذا بخلاف ما إذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالاً بأن عقد على الحر أو الميتة لعدم الركن

فلم يوجد السبب اصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما مميزا
فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا اخذا من مناسبة لغوية تقدمت اول باب البيع الفاسد ولا
خفا فيحسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته فاما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ النهي يقرر
المشروعية لاقتضائه التصور يريد وان النهي عن الامر الشرعي يقرر مشروعيته لان النهي عن الشي تقتضي
تصور المنهي عنه والا لم يكن للنهي فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضي تصور المنهي عنه بمعنى امكان فعله مع
الوصف المثير للنهي لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان اراد وانتصوره شرعيا اي
مأذونا فيه شرعا ممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذي هو مثير النهي
قلنا سلمناه ولكن الثابت في صورة النهي هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو
اصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة في هذا الكلام اصلا اذ نسلم انه
مشروع باصله اعني ما لم يقترن بالوصف وهو مفقود فلا يجدي شيئا وحينئذ فقوله فنفس البيع مشروع
وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ما تريد بنفس البيع الذي ليس فيه الوصف الذي هو متعلق النهي او ما
فيه ان قلت الذي ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذي ليس كذلك وهو ما فيه الوصف
المثير للنهي فلا يناول به نعمة الملك فيحتاج الى ما قررناه من منع ان السبب اذا كان مع النهي لا يفيد الملك
الى اخر ما ذكرنا واما قوله انما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت الندا فالمراد ان يجمع بين ما نحن فيه وبين
البيع وقت الندا في ثبوت الملك عند عدم كون النهي لعين المنهي عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا
فالنهي للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهي للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر هذا الا الى اقول
وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال في شريعتنا فان الشارع اهانهما بكل وجه حتى لعن
حاملها ومعتصرها مع انها مقصودة حال الاعتصار بل الوجود حينئذ فيه ان يصير خمرا وبايعها
واكل ثمنها وهي مال في شرع اهل الكتاب على زعمهم وحيث امرنا ان نتركهم وما يدينون فقد امرنا باعتبار
بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان احد العوضين خمرا او خنزيرا في بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك في
البدل الاخر وان كان ثمنا وان كان في بيعهم فصحيح والله اعلم وقوله وانما لا يثبت الملك قبل القبض الى
اخره جواب عن مقدر هو انه اذا كان هذا البيع يفيد حكمه فما وجه تراخيه عنه الى وقت القبض
فاجاب وحاصل الوجه فيه انا قد اريناك انه بسبب محظور وان ما هو بسبب محظور طلب الشرع
رفعه بالقدر الممكن وان رتب حكمه كما امر بمراجعة الحايض فوجب ذلك في البيع حيث امرنا باعدامه
بعد فعله صار فيه ضعف وراينا حكم السبب قد يتاخر عنه في الشرع بسبب من الاسباب فاخرناه
الى القبض فانه به يتاكد العقد فيوجب حينئذ حكمه كالهبة لما ضعف السبب فلم يثبت الملك فيها الا
بالقبض وقوله كيلا يؤدي الى تقرير الفساد اي الى زيادة تقريره فان المبادرة اليه تزيده وجودا
مع انه واجب الرفع فلا يفعل ذلك وقوله وان كان الخمر مثمنا فقد خرجناه يريد بما تقدم من بطلان البيع
اذا كان مبيعا لان في جعلها المقصود بالعقد اعزازا لها وقوله وشي اخر اي وجه اخر لبطلان العقد اذا
كان مبيعه وهو ان الواجب حينئذ تسليم قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تسليمها وتسلمها والقيمة لا
تكون الا دراهم او دنانير فتصير القيمة مبيعة لقيامها مقام مبيع وهو خلاف وضع الشرع في ساير
البياعات من ان المقابل للسلع من النقود ثمن لا مثمن لا مانع من ذلك فان الدراهم والدنانير اذا قوبلت

بمثلها صار كل منهما مبيعا وثمنا والخمر قد قوبلت بالدراهم فاذا نزلت القيمة مكانها صارت دراهم
مقابلة بدراهم لانا نقول الثابت هنا كل مبيعا وثمنا وهنا يلزم مبيعا ليس غير وقد يقال لما كان الواجب
بقبض المبيع في الفاسد القيمة لا الثمن والمدفوع في بيع الخمر قيمتها آل الى الصرف فتكون القيمة مبيعة وثمنا لا قيمة
التي يدفعها المشتري ثم شرط في الملك ان يكون القبض باذن البايع وهو الظاهر من المذهب الا انه يكتفى بالاذن دلالة
كما اذا اجيز وقبضه في مجلس العقد ولم يمنعه البايع استحسانا هو الصحيح لان البيع تسليط منه على القبض فاذا قبضه
بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان حكم التسليط السابق اما اذا كان امره بالقبض فانه يملكه ولو كان القبض
مع غيبة البايع ولو قيل لا نسلم ان هذا البيع تسليط لما تقدم من ضعفه عن افادة حكمه بنفسه وهذا هو
وجه الرواية المقابلة للصحيح وتسمى الرواية المشهورة فالجواب ان ضعفه انما يؤثر منع ثبوت حكمه بمجرده لا
منع قبضه مطلقا وصار كالهبة في ضعف السبب مع ان القبض فيها في مجلس العقد يصح استحسانا واثر الضعف
يكفي فيه كون التسليط الذي يثبته مقيدا بالمجلس حتى لو قبضه في غير ذلك المجلس بحضرته ولم ينهه لا يصح
قبضه قياسا واستحسانا وعن الهندواني انه قال يجب ان يكون القبض بعد الافتراق عن المجلس بغير اذنه اذا كان
ادى الثمن بما يملكه البايع بالقبض اخذا من اطلاق سياتي واما ما ذكر في الماذون من اشتراط اذن البايع في صحة
القبض بعد الافتراق فتاويله اذا لم ينقد الثمن او كان الثمن خمرا مثلا حتى لا يملك بالقبض فاما اذا ملك به فلا
يحتاج الى الاذن ويكون قبض الثمن منه اذنا منه بالقبض وفي المجتبى في التخلية اختلاف الروايات والاصح انها
ليست بقبض وفي الخلاصة التخلية كالقبض في بيع الفاسد في بيع الجامع الكبير وفي المحيط باع عبدا من
ابنه الصغير فاسدا واشترى عبده لنفسه فاسدا لا يثبت الملك حتى يقبضه ويستعمله وفي جمع التفاريق
لو كان وديعة عنده وهي حاضرة ملكها وقوله فخرج عليه اي على اشتراط المال في البيع الفاسد عدم البيع وبطلانه
بالميتة والدم والحر والبيع بالريح والبيع مع نفي الثمن كلها باطلة لعدم المال في العوض وقيد بنفي الثمن لانهما
لو سكتا عن الثمن فلم يذكراه بنفي ولا اثبات العقد فاسد ويثبت الملك بالقبض موجبا للقيمة لان مطلق
البيع يقتضي المعاوضة فاذا سكت عن عوضه كان عوضه قيمته وكانه باعه بقيمته فيفسد البيع وقوله لزمته
قيمته يعني يوم القبض ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب وقال
محمد قيمته يوم اتلفه لانه بالاستهلاك تقرر عليه الضمان فتعتبر قيمته حينئذ كذا في الكافي وهذا في
ذوات القيم فاما في ذوات الامثال فيلزمه المثل ومنها العدديات المتقاربة لانه مضمون بنفسه اي
بالقيمة واحترز به عن البيع الصحيح هذا والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له
في القدر والبينة فيه بينة البايع قوله ولكل واحد من المتبايعين فسخه رفعا للفساد اي للمعصية فرفعه
حق الله تعالى فان نفس العقد مكروه والجري على موجبه بالتصرف في المبيع بتمليك او انتفاع بوطي او لبس او اكل
كذلك اي يكره لما فيه من تقرير المعصية وهي كراهة التحريم والوجه ان يكون حراما لان الاجماع على منعه
شرعا قطعي يوجب الحرمة وعرف من تعليل المصنف برفع المعصية ان الواجب ان يقال وعلى كل واحد فسخه غير
انه اراد مجرد بيان ثبوت ولاية الفسخ فوقع تعليله اخص من دعواه وحاصل المنقول في المسئلة انه اذا كان
الفساد في صلب العقد وهو ما يرجع الى الثمن او المثمن كبيع درهم بدرهمين او ثوب بخمر فملك كل فسخه بحضرة
الاخر عندهما لانه وان كان بحق الشرع ففيه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه وعند ابي يوسف بغير حضرته
ايضا ولم يحك المصنف هذا الخلاف وان كان الفساد بشرط زايد كالبيع على ان يقرضه وكالى اجل مجهول

فكل واحد يملك فسخه قبل القبض واما بعد القبض فيستقل من به منفعة الشرط والاجل بالفسخ كالبايع في صورة الاقراض والمشتري في الاجل بحضرة الاخر دون من عليه عند محمد رحمه الله تعالى لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة عليه صح فسخه لانه يقدر ان يسقط الاجل فيصح العقد فاذا فسخه فقد ابطل حقه لقدرته على تصحيح العقد عندهما لكل منهما حق الفسخ لانه مستحق حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد والعقد اذا كان غير لازم تمكن كل من فسخه كذا في الذخيرة والايضاح والكافي وفيه ان هذا المذكور هنا قول محمد وحده وهذا اذا كان المبيع في يد المشتري على حاله لم يزدد ولم ينتقص اما لو ازداد المشتري في يد المشتري زيادة متصلة متولدة من الاصل اولا ومنفصلة كذلك او انتقص بآفة سماوية او بفعل الغير بايعا او مشتريا او اجنبيا فسنذكره وقوله لانه الى اخره جواب سؤال يرد على قوله لقوة العقد وهو انه لما كان قويا ينبغي ان لا يكون لاحد ولاية الفسخ وان كان له منفعة الشرط فاجاب بان القياس ذلك الا انه لما لم يتحقق المراضاة في حقه كان له الفسخ **قوله** فان باعه اي باع المشتري ما اشتراه شراء فاسدا بيعا صحيحا نفذ بيعه لانه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق البايع الاول في الاسترداد لتعلق حق العبد بالعقد الثاني ونقض الاول ما كان الا لحق الشرع وحق العبد عند معارضة حق الله تعالى يقدم باذن الله لغناه سبحانه وسعة عفوه وجوده وفقر العبد وضيقه ولا ينتقض بالصيد اذا احرم مالكه وهو في يده حيث يقدم حق الشرع على العبد لانا نقول الواجب عليه اطلاقه لا اخراجه عن ملكه فيطلقه بحيث لا يضيع عليه وهذا جمع بين الحقين ولا ينتقض باسترداد وارث البايع اذا مات البايع من المشتري مع انه تعلق به حق العبد وهو الوارث لان الحق المتعلق للوارث هو نفس الحق الذي كان للمشتري وكان مشغولا بحق البايع بالرد فينتقل اليه كذلك اما الموهوب له بالمبيع فكالمشتري الثاني فليس لورثة البايع استرداده منه لان له ملكا متجددا بسبب اختياري لا بتصرف من المشتري ولو قيل المشتري الثاني ايضا انما ينتقل اليه المبيع مشغولا بذلك الحق لان ذلك كان فيه للبايع الاول وليس في قدرته ان يبطل حقه فلا يصل ما باعه الى المشتري الا مشغولا بذلك احتاج الى الجواب وايضا الاول مشروع باصله لا وصفه والثاني مشروع باصله ووصفه فلا يعارضه لرداءة قوته ولانه اي البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البايع اي البايع الاول لان التمليك منه مع الاذن في القبض تسليط على التصرف فلا يتمكن من الاسترداد من المشتري الثاني والا كان ساعيا في نقض ما تم به وبوده الى المناقضة قيل عليه نقدم تمكنه من الاسترداد في بيع نفسه حينئذ اولى والجواب انه قبل منع المشتري تصرفه لم يكن باسترداده ساعيا في نقض ما تم به لان الكاين من جهته تسليط على البيع وتمامه بان يفعل المسلط وهذا التسليط نفسه معصية فجعل له رحمة عليه ان يتدارك بالتوبة وذلك يكون قبل الفوات بفعل المسلط فاذا لم يتدارك حتى فعل وتعلق به حق عبد فقد فوت على نفسه المكنة بتقصيره وحقيقة الحال ان حق كل من البايع والمشتري ليس الا التدارك رفع المعصية بالتوبة ومتى اخرجه تعلق حق عبد من المشتري والموهوب له والموصى له فقد فوت اما الوارث فانه مامور بخلاص ميته من المعصية ما امكن فشرع له ذلك الحق لذلك وهذا خلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة بالبيع والهبة فانه لا يمنع حق الشفيع وله ان ينقض هذه التصرفات ويأخذها بالشفعة وان تعلق بها حق الغير لان حق الشفيع وحق البايع حق العبد فيعارضه ويترجح الشفيع لانه اسبق ولانه لم يوجد من الشفيع تسليط على الشراء كما في البيع وا ورد فينبغي ان يكون حق المشتري اخص من حق الشفيع لانه ثان فيكون ناسخا

اجيب بانه انما ينبغي اذا كان مثله في القوة والسبق من اسباب الترجيح فيترجح الشفعة **قوله** ومن اشترى عبدا بخمر المراد اشترى عبدا شراء فاسدا بالخمر او غيره فاعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جايز وعليه القيمة لما ذكرنا من انه ملك بالقبض فينفذ تصرفاته فيه وانما وجبت القيمة لانه بالاعتاق فيه هلاك فوقع الاياس عن الاسترداد فتعينت القيمة وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر في المسئلة قبلها من انه تعلق به حق العبد اعني المشتري الثاني والاسترداد لحق الشرع وحق العبد مقدم فقد فوت المكنة بتأخير التوبة والكتابة والرهن بعد قبضه نظير البيع يعني اذا كاتب العبد المبيع بيعا فاسدا او رهنه فهو نظير البيع لانهما لازمان لحق العبد فينقطع حق الاسترداد فتلزمه القيمة الا انه يعود بعجز المكاتب وفك الرهن ولا فائدة في تخصيصهما بذلك بل يعود حق الاسترداد في البيع والهبة اذا انتقضت هذه التصرفات كالرد بالعيب والرجوع في الهبة ولو بغير قضاء لانه عاد الى قديم ملكه ثم حق الاسترداد انما يعود اذا لم يقض بالقيمة على المشتري فان قضي به عليه ثم عاد الى ملكه ليس للبايع ان يسترده لتحول حقه من العين الى القيمة كالعبد المغصوب اذا ابق فقضي على الغاصب بقيمته ثم رجع ليس للمالك اخذه لما قلنا وقوله وهذا خلاف الاجارة فانه اذا اجر المشتري شراء فاسدا لا ينقطع به حق الاسترداد لان الاجارة تفسخ بالاعذار ورفع الفساد عذر ولان الاجارة تنعقد شيئا فشيئا فيكون الاسترداد بالاضافة الى المنافع التي لم تحدث امتناعا عن العقد عليها والنكاح كالاجارة لانه عقد على منفعة فاذا زوج المشتري الجارية المشتراة شراء فاسدا كان للبايع ان يستردها لان حق الزوج في المنفعة لا يمنع حق البايع في الرقبة ولانه لا يفوته ملك المنفعة فان مع الاسترداد النكاح قايم كما لو زوجها البايع نعم تصير بحيث له منعها وعدم تبويتها معه بيتا غير انه اذا ظفر بها له وطئها ولو قطعت يد العبد المشتري شراء فاسدا واخذ المشتري الارش او ولدت الجارية ولدا ذلك يوجب ذلك للبايع الفسخ ويرد الزيادة عليه ولو قطع الثوب وخاطه او بطنه وحشاه انقطع الاسترداد كما في الغصب ولو صبغه فعن محمد رحمه الله يخير البايع بين اخذه واعطاء ما زاد الصبغ فيه وتركه وتضمين قيمته كالغصب. والحاصل ان كل تصرف لو فعله الغاصب انقطع به حق المالك اذا فعله المشتري انقطع به حق الاسترداد للبايع وذكر الكرخي ان الصبغ بالعصفر يمنع الاسترداد وعن محمد انه كالغصب ولا يمتنع الاسترداد بموت المشتري فيسترد البايع من الوارث ولا بموت البايع فيسترده وارثه من المشتري وزيادة المشتري شراء فاسدا لا يمنع الاسترداد الا اذا كانت بفعل المشتري كالخياطة والصبغ ونقصانه بفعل المشتري او بفعله في نفسه او بآفة سماوية لا يمنع فيسترده البايع مع ارش النقصان وليس له ان يتركه عليه ويضمنه تمام القيمة وان كان بفعل اجنبي فله ان يأخذ الارش من المشتري وان شاء اخذه من الجاني وفي قول الاخير ليس له تضمين الجاني ولو وطئ المشتري الجارية لا يمنع الرد منه ولا الاسترداد من البايع فلو رد او استرد لزمه العقر للبايع اما ان اتلفها ضمن قيمتها **قوله** وليس للبايع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن قيل يعني القيمة التي اخذها من المشتري وليس بلازم بل قد يكون ذلك او الثمن الذي تراضيا عليه كيف كان ليس له اخذه حتى يرد ما اخذه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وعلى هذا الاجارة الفاسدة والرهن الفاسد والقرض الفاسد اعتبارا بالعقد الجايز اذا تفاسخا فللمستاجر ان يحبس ما استأجره حتى يأخذ الاجرة التي دفعها للموجر وكذا المرتهن حتى يقبض الدين لان هذه عقود معاوضة فيجب التسوية بين البدلين ولو مات البايع بيعا فاسدا او الموجر اجارة فاسدة او الراهن او المقرض كذلك

فالذي في يده المبيع او الرهن احق بثمنه من غرماء الميت لانه مقدم عليه في حيوته فكذا على ورثته وغرمايه
بعد وفاته الا ان الرهن مضمون بقدر الدين والمشتري بقدر ما اعطى فما فضل فللغرما بخلاف ما اذا مات
المحيل وعليه دين ولم يقبض المحال الدين او الوديعة من المحال عليه فانه لا يختص المحال به بين الحوالة او
الوديعة مع ان دين المحيل صار مشغولا بحق المحال كما في الرهن لان الاختصاص انما يوجبه ثبوت الحق مع اليد
لا مجرد الحق ولا يد للمحال ثم ان كانت الدراهم الثمن التي دفعها قايمة بعينها ياخذها المشتري بعينها
لانها تتعين في البيع الفاسد وهو الاصح خلافا لما ذكر ابو حفص انها لا تتعين كما في البيع الصحيح وهو رواية
كما بالصرف لكن سياتي ما يقوي رواية ابي حفص لان البيع الفاسد بمنزلة الغصب والثمن في يد البايع
كالمغصوب وان كانت مستهلكة قال المصنف رحمه الله تعالى اخذ مثلها وكذا ذكر قاضي خان وذكر في الفوايد
الظهيرية وفخر الاسلام وجماعة من شروح الجامع انه يباع المبيع لحق المشتري فان فضل شي عما دفعه
يصرف الى الغرما ولا شك انه غير لازم لان الواجب له بعد الاستهلاك مثل حقه المستهلك وهو الدراهم
قوله ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري او غرس فيها اشجارا فعليه قيمتها وانقطع حق البايع
في استرداده في البنا والغرس وقال ابو يوسف ومحمد ينقض البنا ويقلع الغرس ويسترد الدار لهما ان حق
الشفيع في الدار التي يستحق فيها الشفعة اضعف من حق البايع بيعا فاسدا في الاسترداد بدليل انه يحتاج
في ثبوت الملك له في الدار الى القضاء ويبطل بالتاخير بعد العلم ولا يورث وحق هذا البايع في الا[سترداد]
لا يتوقف على قضاء ولا يبطل بالتاخير ويثبت لورثته والاتفاق على ان حق الشفعة الاضعف لا يبطل بالبنا
والغرس فلان لا يبطل به حق البايع اولى ان لا يبطل بهما فيثبت بدلالة ثبوته ولابي حنيفة ان البنا والغرس مما
يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط البايع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع والهبة بخلاف حق الشفيع
فانه وان كان اضعف لم يوجد ما يبطله وهو تسليطه على الفعل اعني البنا فيعمل بمقتضاه وهو النقض والقلع
ولهذا لا يبطل بالبيع والهبة ايضا بل ياخذها من يد المشتري الثاني بالشفعة لان البيع ليس بتسليط منه
وهذه المسئلة من المسايل التي انكرها ابو يوسف الرواية لمحمد على الوجه المذكور في الجامع فقول المصنف
وشك يعقوب رحمه الله في حفظ الرواية عن ابي حنيفة بذلك قالوا شك في حفظ الرواية عنه لان مذهبه
يعني ان مذهبه معروف انه لا ينقض البنا ولكن تجب القيمة على المشتري فان محمدا نص على هذا الاختلاف
في كتاب الشفعة فانه قال اذا بنى في الدار المشتراة شراء فاسدا فللشفيع الشفعة عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما لا شفعة فهذا دليل على ان الرواية عن ابي حنيفة ثابتة لان حق الشفعة في الدار المبيعة
بيعا فاسدا مبني على انقطاع حق البايع في الاسترداد فلولا قوله بانقطاع حق الاسترداد بالبناء لم يوجب
الشفعة فيها غير ان حكاية شمس الايمة قول ابي يوسف لمحمد ما رويت لك عن ابي حنيفة انه ياخذ فيها وانما
رويت لك انه ينقض البنا وقال محمد بل رويت لي انه ياخذ فيها صريح في الانكار لا في الشك وصحح في انه
ينقل عن ابي حنيفة ما يوافق مذهبهما وعدم الخلاف وقول المصنف فان حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البايع بالبنا وثبوته على الاختلاف معناه ان حق الشفعة وجودا وعدما مبني على انقطاع حق البايع
بالبنا وجودا وعدما فوجوده مبني على عدمه وعدمه مبني على وجوده وعلى هذا فثبوته على الاختلاف
بالجر وجماعة من الشارحين قالوا وثبوته بالرفع مبتدا وعلى الاختلاف خبره وهو عطف على مبني والمعنى
ثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق البايع بالبنا وثبوته حق الشفعة على الخلاف فعنده يثبت حق

الشفعة فهو قايل بانه لم ينقطع وعندهما لا يثبت حق الشفعة فيثبت حق الاسترداد والاقرب ان
الاوجه ثبوته بثبوت انقطاع حق البايع عن الاسترداد والمعنى حق الشفعة مبني على انقطاع
حق البايع بالبناء وثبوت انقطاعه به على الخلاف عنده لا ينقطع فله القطع والهبة وعندهما
ينقطع فلا يسترد واتفقت الروايات ان طلب حق الشفعة في البيع الفاسد يعتبر وقت انقطاع
حق البايع لا وقت الشراء واورد على ابو حنيفة لما وجب نقضهما لحق الشفيع وفيه تقرير الفساد
فاولى ان يجب نقضهما لحق البايع وهو اقوى وفيه اعدام الفساد اجيب بمنع الملازمة فان
البايع جان ولا جناية من الشفيع فلا يلزم من النقض لاجل من لا جناية منه النقض لمن جنى فان قيل
اذا نقض البناء والغرس لاجل الشفيع ينبغي ان يعود حق البايع في الاسترداد كما اذا فسخ البيع عن
العبد اجيب بان المانع من الاسترداد انما يزول بعد ملك الشفيع فيثبت حق نقض البنا في
والغرس حكما لملكه هذا او قولهما اوجه لان قول ابي حنيفة ان البنا مما يقصد به الدوام ممنوع للاتفاق
في الاجارة على ايجاب القلع فظهر انه قد يراد للبقا وقد لا فان قال المستاجر يعلم انه يكلف القلع
ففعله مع ذلك دليل على انه لم يرد البقا قلنا المشتري شراء فاسدا ايضا يكلف القلع عندنا وقولكم
لا يلزم ذلك لمحل النزاع فاقل الامر ان يعلم الخلاف ويجوز ان يكلف النقض ففعله مع ذلك دليل قصد
عدم البقاء الا مدة ما واما تعليل بعضهم له بانه اتصل به حق العبد فصار كالبيع فبعيد عن الصواب
لان ذلك فيما اذا كان العبد عبدا اخر اشتراه ممن اشتراه شرا فاسدا او قبل الهبة فيه بطريق صحيح
وما نحن فيه نفس العاقد الجاني بعقده هو الذي بنى فلا يستحق بجنايته وفعله المقرر لمعصيته
ان يقطع حق القاصد للتوبة وهو في الحقيقة حق الله تعالى بخلاف ما اذا اتصل به حق من لا جناية
منه فانه جل وعلا اذن في تقديم حقه **قوله** ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها
المشتري وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبايع ما ربح في الثمن الذي قبضه من المشتري اذا عمل
فربح والاصل في هذا ان المال نوعان نوع لا يتعين في عقود المعاوضات كالدراهم والدنانير
ونوع يتعين وهو ما سواهما والخبث نوعان خبث في البدل لعدم الملك في المبدل وخبث لفساد
الملك فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين حتى ان الغاصب والمودع اذا تصرفا في المغصوب والو[ديعة]
وهما عرض او نقد وادبا ضمانهما وفضل ربح وجب التصدق به عند ابي حنيفة ومحمد لانه بدل
مال الغير فيما يتعين فيثبت فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين ان لم يكن ما اشتراه به بدل مال
الغير لان العقد لا يتعلق به بل بمثله في الذمة لكنه انما توسل الى الربح بالمغصوب او الوديعة
فتمكن فيه شبهة الربح بمال الغير من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع ان نقد الدراهم المغصوبة
او تقدير الثمن ان اشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فيتصدق به لان الشبهة معتبرة
كالحقيقة في ابواب الربا والخبث لفساد الملك دون الخبث لعدم الملك فيوجب شبهة الخبث
فيما يوجب فيه عدم الملك حقيقة الخبث وهو ما يتعين كالجارية في مسئلتنا ويتعدى الى
بدلها وشبهة الشبهة فيما يوجب فيه عدم الملك الشبهة وهو ما لا يتعين وشبهة الشبهة
غير معتبرة لان اعتبار الشبهة خلاف الاصل بالنص وهو نهيه عن الربا والريبة فلا يتعدى
والا اعتبر ما دونها كشبهة شبهة الشبهة وهلم فينسد باب التجارة وهو مفتوح فلهذا قال

يتصدق المشتري بالربح فيها ويطيب للبايع ما ربح في الثمن ولا شك ان هذا انما هو على الرواية القايلة انه لا يتعين النقود في البيع الفاسد اما على الرواية القايلة تتعين فحكم الربح في النوعين كالغصب لا يطيب وقد ذكر المصنف ان رواية البعض في البيع الفاسد وهو الاصح فحينئذ الاصح وجوب التصدق على البايع ايضا بما ربح في الثمن غير ان هذه المسئلة بهذا التفصيل في طيب الربح صرح الرواية في الجامع فان فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بالف وتقابضا وربح كل واحد منهما فيما قبض قال يتصدق الذي قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذي قبض الدراهم وحينئذ فالاصح ان الدراهم لا تتعين في البيع الفاسد لا كما قال وقول المصنف لا تتعين في العقود اي عقود البياعات بخلاف ما سواها من الشركة والوديعة والغصب وقول بعضهم احترز به عن الوديعة والغصب والسرقة انما يصح لو كان لفظ البياعات او المعاوضات مذكورا للمصنف وليس كذلك وهذا التفصيل قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يطيب له الربح مطلقا لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد وعند زفر والشافعي لا يطيب في الكل لان الدراهم والدنانير تتعين حتى لو اشترى بهذه الدراهم فهلكت بطل البيع عندهما كما في المبيع المعين وعندنا لا يبطل وله ان يحبسها ويعطي مثلها عندهما **قوله** وكذلك الى اخره قال في الجامع الصغير وكذلك لو ادعى على اخر مالا فقضاه ثم تصادقا انه لم يكن له عليه شيء وقد ربح المدعي في الدراهم التي قبضها على انها دينه يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بالتسمية اي بالاقرار عند دعواه المال ثم استحق بالتصادق وكان المقبوض بدل المستحق وهو الدين وبدل المستحق مملوك اي ملكا فاسدا سواء كان عينا او دينا اما عينا فدليل ان من اشترى عبدا بجارية او بثوب ثم اعتق العبد واستحقت الجارية يصح عتق العبد فلو لم يكن بدل المستحق مملوكا لم يصح العتق اذ لا عتق في غير الملك والعبد بدل الجارية المستحقة واذا ملكه فاسدا فيما لا يتعين لا يعمل فيه خبثا فطاب له الربح وفي الجامع الكبير لقاضي خان بدل المستحق مملوك بدليل ما لو حلف لا يفارقه حتى يستوفي حقه فباعه المديون عبدا لغيره بذلك الدين وقبضه ثم استحق العبد لا يحنث لان المديون ملك ما في ذمته بهذا البيع فيكون مستوفيا حقه فلم يحنث وبيان فساد الملك في بدل المستحق انه اذا استحق المبدل يجب رده ولا يبطل البيع فيتمكن فيه شبهة عدم الملك ولو حصل الربح في دراهم غير مملوكة تتمكن فيه شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك كان فيه شبهة الخبث فلا يعتبر واعلم ان ملكه باعتبار زعمه انه قبض الدراهم بدلا عما يزعم انه ملكه اما لو كان في اصل دعواه الدين متعمدا للكذب فدفع اليه لا يملكه اصلا لانه متيقن انه لا ملك له فيه والله اعلم

فصل فيما يكره

لما كان دون الفاسد اخره عنه وليس المراد بكونه دونه في حكم المنع الشرعي بل في عدم فساد العقد والا فهذه الكراهات كلها تحريمية لا نعلم خلافا في الاثم ومقتضى النظر عندي ان يكون عليها اصولنا الشرا على سوم الاخر بشرطه والحاضر للبادي في القحط والاضرار فاسدا وتلقي الجلب الذي لبس باطلا او يثبت معه الخيار وهذا لان النهي مطلقه للتحريم الا الصارف وهذه المعاني المذكورة سببا للنهي تؤكد المنع لا تصرفه عنه فان في اعتراض الرجل على سوم الاخر بعد الركون وطيب نفس البايع بالمسمى اثارة للعداوة والبغضاء كالخمر والميسر فيحرم ذلك وشراء ما يجيء به في زمن الحاجة ليغالي على الناس ضرر عام بالمسلمين واهل الذمة فيحرم

وكذا البيع من القادمين مع حاجة المقيمين فانه لم يرض بالثمن المذكور الا على تقدير كونه سعر البلد فيجب ان يكون غير منعقد لعدم الرضى به ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكقول مالك ومنعقدا ويثبت له خيار الفسخ كقول الشافعي وكون الوصف مجازا او لازما لا ينفي ما ذكرنا اذ الاصطلاحات لا تنفي المعاني الحقيقية المقتضية للبطلان والفساد على ان معنى الفساد ليس الا كون العقد مطلوب التفاسخ للمعصية بمباشرة المنهي عنه ويملك البدل منه بالقبض وتاخر الملك الى القبض ليس الا لوجوب رفع المعصية برفعه ويجب في هذه البياعات ذلك كله غير انه لما كان المنع باخبار الاحاد الظنية سموه مكروها على اصطلاحنا ولما كان الركن وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي ثابتا جعلناه فاسدا **قوله** ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره بعدما بلغت قيمتها فانه تغرير المسلم ظلما فاما اذا لم يكن بلغت قيمتها فزاد القيمة لا يريد الشراء فجايز لانه نفع مسلم من غير اضرار بغيره اذا كان شراء الغير بالقيمة قال صلى الله عليه وسلم لا تناجشوا في الصحيحين من حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تتلقى الركبان للبيع ولا يبع بعضكم على بيع بعض ولا تناجشوا ولا يبع حاضر لباد والنجش بتحريك ويروى بسكون الجيم **قوله** وعن السوم اي ونهى عن السوم في حديث ابن عمر في الصحيحين في لفظ لا يبيع الرجل على بيع اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه الا ان ياذن له وفي الصحيحين من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان الى ان قال وان يستام الرجل على سوم اخيه وغير متيره وتمامه فيه من الاحاش والاضرار وشرطه وهو التراضي بثمن ويقع الركون به فيجيء اخر فيدفع له اكثر او مثله غير انه رجل وجيه فيبيعه منه لوجاهته واما صورة البيع على بيع اخيه بان يتراضيا على ثمن سلعة فيجيء اخر فيقول انا ابيعك مثل هذه السلعة بانقص من هذا الثمن فيضر بصاحب السلعة فظهر تصوير البيع على بيع اخيه والسوم على سوم اخيه والوارد فيهما حديثان فلا حاجة الى جعل لفظ البيع في قوله صلى الله عليه وسلم لا يبع احدكم على بيع اخيه جامعا للبيع والشراء مجازا انما يحتاج الى ذلك لو لم يرد حديث الاستيام وكذا الحكم في الخطبة فان لم يتراضيا فهو بيع من يزيد ولا باس به كما سنذكر **قوله** وعن تلقي الجلب في الصحيحين عن عبد الله بن عباس نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تتلقى الركبان وان يبيع حاضر لباد قال فقلت لابن عباس ما قوله حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا والتلقي صورتان احديهما ان يتلقاهم المشترون للطعام منهم في سنة حاجة ليبيعوه من اهل البلد بزيادة وثانيهما ان يشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون بالسعر ولا خلاف عند الشافعي انه اذا خرج اليهم لذلك انه يعصي اما لو لم يقصد ذلك بل اتفق انه خرج فراهم فاشترى ففي معصيته قولان اظهرهما عندهم يعصي والوجه لا يعصي اذا لم يلبس وعندنا محل النهي اذا كان يضر باهل البلد او يلبس اما ان لم يضر او لم يلبس فلا باس **قوله** وعن بيع الحاضر للبادي تقدم النهي عنه ومحل النهي اذا كان اهل البلد في عوز اي حاجة او قحط وهو يبيع من اهل البدو طمعا في الثمن الغالي لاضراره بهم وهم جيرانه اما اذا لم يكن كذلك فلا باس لانعدام الضرر وقال الحلواني هو ان يمنع السمسار الحاضر القروي من البيع ويقول له لا تبع انت انا اعلم بذلك فيتوكل له ويبيع ويغالي ولو تركه يبيع بنفسه لرخص على الناس وفي بعض الطرق زاد قوله صلى الله عليه وسلم دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وفي المجتبى هذا التفسير اصح ذكره في زاد الفقها لموافقة الحديث وعلى هذا فتفسير ابن عباس ان لا يكون له

سمسار ليس هو تفسير بيع الحاضر للبادي وهو صورة النهي بل تفسير لضدها وهي الجائزة فالمعنى انه نهى
عن بيع السمسار وتعرضه فكانه لما سئل عن تلبية نهي بيع الحاضر للبادي قال المقصود ان لا يكون له سمسار
فهي عنه بالسمسار **قوله** والبيع عند اذان الجمعة قال تعالى اذا نودي للصلوة من يوم الجمعة الى قوله
وذروا البيع كانه يخل الوقت من حين الاذان مشغولا بصلوة الجمعة تعظيما لها كما قالوا في النهي عن الصلوة
بعد صلوة العصر قبل التغير وفيه زيادة انه قد يفضي الى الاخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد
ذكرنا الاذان المعتبر في منع البيع في كتاب الصلوة وهو ما يكون بعد دخول الوقت وقوله كل ذلك يكره
اي كلما ذكرناه من اول الفصل الى هذا يكره اي لا يحل على ما قدمناه ولا يفسد به البيع باتفاق علمائنا
حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض وهو قول الشافعي لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه عنه
وقد مناقول مالك بالبطلان فيه وفي النجش وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال احمد وعلل الصحة بان الفساد
فيه في معنى خارج زايد لا في صلب العقد ولا في شرايط الصحة واستشكله في الكافي لان البيع يفسد بالشرط
وهو خارج عن العقد ليس في صلبه قال الا ان يقول الخارج بالمجاور وانت علمت ما عندنا في ذلك
قوله ولا باس ببيع من يزيد وهو صفة البيع الذي في اسواق مصر المسمى بالبيع في الدلالة لانه صلى
الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد روى اصحاب السنن الاربعة من حديث انس بن مالك ان رجلا
من الانصار اتى النبي صلى الله عليه وسلم يساله فقال له اما في بيتك شي قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط
بعضه وقعب نشرب فيه الما قال ائتني بهما فاتاه بهما فاخذهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال من يشتري
هذين فقال رجل انا اخذهما بدرهم قال من يزيد على درهم مرتين او ثلثا فقال رجل انا اخذهما بدرهمين فاعطاهما
اياه واخذ الدرهمين فاعطاهما الانصاري وقال اشتر باحدهما طعاما فانبذه الى اهلك واشتر بالاخر
قدوما فائتني به فاتاه به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع
ولا اربنك خمسة عشر يوما فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد اصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها
ثوبا وببعضها طعاما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من ان تجي المسئلة نكتة في وجهك
يوم القيمة ان المسئلة لا تصلح الا لثلثة لذي فقر مدقع او لذي غرم مفظع او لذي دم موجع
واخرجه الترمذي مختصرا انه صلى الله عليه وسلم باع حلسا وقدحا فيمن يزيد قال الترمذي حديث
حسن لا نعرفه الا من حديث الاخضر بن عجلان عن عبد الله الحنفي وقد رواه غير واحد عن الاخضر بن عجلان
وقال في علله الكبير سالت محمد بن اسماعيل عن هذا الحديث فقال الاخضر بن عجلان ثقة **نوع منه**
اي من البيع المكروه اي الذي لا يحل على ما عرفت ان الكراهة تحريمية وانما فصله لان الكراهة فيه
لمعنى يرجع الى غير المعقود عليه وفيما تقدم لما يرجع اليه او لانها مسايل يجمعها معنى واحد هو التفريق
بخلاف الاول ومن ملك مملوكين باي سبب فرض من اسباب الملك شراء او هبة او ميراثا صغيرين او احدهما
وبينهما رحم محرمة لم يفرق بينهما سواء كان ببيع او هبة او وصية وذكره بصورة النفي مبالغة في المنع
ولا ينظر في الوصية الى الجواز بتاخر الموت الى انقضاء زمان التحريم لان ذلك موهوم والاصل فيه
قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الترمذي عن ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه قال سمعت رسول الله
صلى الله عليه وسلم يقول من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وقال حديث
حسن غريب وصححه الحاكم على شرط مسلم ونظر فيه فان فيه حيي بن عبد الله لم يخرج له في الصحيح والاختلاف فيه

وللاختلاف فيه لم يصححه الترمذي ورواه احمد بقصة وروى الحاكم في المستدرك عن عمران
ابن حصين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ملعون من فرق بين والدة وولدها وقال
اسناده صحيح وفيه طليق بن محمد تارة يروي عنه عن عمران بن حصين وتارة عنه عن ابي بردة
وتارة عن طليق عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا قال الدارقطني وهو المحفوظ وقول ابن
القطان لا يصح لان طليقا لا يعرف حاله يريد بخصوص ذلك والا فالحديث له طرق كثيرة وشهرة
والفاظ توجب صحة المعنى المشترك فيه وهو منع التفريق الا ان في ذكرها طولا علينا واما حديث
علي رضي الله عنه فاخرجه الترمذي وابن ماجة من حديث الحجاج بن ارطاة عن الحكم بن عيينة عن
ميمون بن ابي شبيب عن علي رضي الله عنه قال وهب لي رسول الله صلى الله عليه وسلم غلامين اخوين
فبعت احدهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا علي ما فعل غلامك فاخبرته فقال رده رده
وقال الترمذي حديث حسن غريب وتعقبه ابو داود بان ميمونا لم يدرك عليا وهو على طريقتهم
من ان المرسل من اقسام الضعيف وعندنا ليس كذلك واخرجه الحاكم والدارقطني من طريق اخر
عن عبد الرحمن بن ابي ليلى عن علي رضي الله عنه قال قدم على النبي صلى الله عليه وسلم سبي فامرني
ببيع اخوين فبعتهما وفرقت بينهما ثم اتيت النبي صلى الله عليه وسلم فاخبرته فقال ادركهما
فارتجعهما وبعهما جميعا ولا تفرق بينهما وصححه الحاكم على شرط الشيخين ونفى ابن القطان العيب عنه
وقال هو اولى ما اعتمد عليه في هذا الباب ومن طريق اخر رواه احمد والبزار وفيه انقطاع ولا
يضر على اصلنا على ما عرف قال المصنف ولان الصغير يستانس بالكبير والكبير يتعاهده اي يصلح
من شانه فكان في التفريق قطع الاستيناس والمنع من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد
اوعد عليه قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا رواه ابن ابي شيبة
عن عمرو بن العاص وكذا رواه البخاري في كتابه المفرد في الادب وروى الطحاوي في مشكل الاثار
ثنا يونس بن عبد الاعلى ثنا ابن وهب انا ابن مالك بن ابي الخير الزيادي عن ابي قبيل عن عبادة بن الصامت
عنه صلى الله عليه وسلم ليس منا من لم يجل كبيرنا ويرحم صغيرنا وعلى نحو الاول رواه البخاري في
كتابه المفرد في الادب من حديث ابي هريرة وقد روي من حديث عدة من الصحابة فهو معنى مشهود
ولا شك فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال المصنف ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا
يدخل فيه محرم غير قريب كمحرم الرضاع وامراة الاب ولا قريب غير محرم كابن العم ولا يدخل فيه الزوجان
حتى جاز التفريق بينهما لانه على خلاف القياس فيقتصر على مورده ومورده كان في المحرمية كما في الوالدة
وولدها والاخوين فان قيل لو كان كذلك وجب ان لا يمنع التفريق بين الخال وابن اخته والخالة وبنت
اختها لان النص ما ورد الا في الوالدة والاخوين فالجواب ان القرابة المحرمة يثبت معنى دلالة
وهو المفهوم الموافق في عرف الشافعية للقطع بان خصوص الوالدة غير معتبر لان الوالد ايضا مثلها
لفهم منه قرابة الولاد ثم جاء نص الاخوين فعلم ان لا اقتصار على الولاد بل القرابة المحرمة فثبت في الخال
والخالة بالدلالة ومعلوم ان المحققين على عدم اشتراط الاولوية في الدلالة والمفهوم وقد اورد
نقض العلة بثمانية مسايل يجوز التفريق فيها مع وجود القرابة المحرمة منها الثلث التي ذكرها
المصنف وهي ما اذا كان التفريق بحق مستحق كدفع احدهما بجناية واستيلاء دين لزم الصغير

كاستهلاكه مال الغير مع انه في دفعه غير مجبور اذ له ان يدفع عنه الفدا والدين وليستبقيه ويرده
وحده بعيب تخصه فيرد وحده وان كان عن ابي يوسف انه يردهما جميعا او يمسكهما كما في مصراعي الباب اذا
وجد باحدهما عيبا والرابعة ان يدبر احدهما او يستولد الامة وحينئذ يجاز بيعه الاخر والخامسة
ان يكون الحربي مستامنا فباع احدهما فللمسلم ان يشتريه مع ان المنع كما هو للبائع كذلك للمشتري والسادسة
لو كانوا ثلاثة في ملكه احدهم صغير حل بيع احد الكبيرين مع انه يصدق التفريق بين الكبير والصغير
والسابعة انه يجوز ان يعتق احدهما بمال وبلا مال ويكاتبه مع انه حصول الفرقة بالاخراج عن ملكه
والثامنة لو كان الولد مراهقا فرضي بالبيع واختاره ورضيت امه جاز بيعه فالجواب عن الثلثة
الاول ما اشار اليه المصنف بقوله لان المنظور اليه في منع التفريق دفع الضرر عن غيره وهو الصغير لا الحاق
الضرر به اي بالمالك المفهوم من قوله ومن ملك مملوكين فيما تقدم فلو منعنا التفريق كان الزاما للضرر
بالمالك والعلة هي ما ذكرنا من الرحم المحرمية غير المستلزم ضررا بالمالك فعند استلزامه يكون علة المنع
منتفية من منع تخصيص العلة او تخصصه باستلزام ضرره عند من يخصصها وهذا الجواب عن الرابع
اذ يلزم المالك الحجر عليه بمنعه من التصرف في ماله رأسا بخلاف ما قبل التدبير فانه يمكن بيعهما والانتفاع
ببدلهما وعن الخامس بان مفسدة التفريق عارضها هنا بتقدير عدمه مفسدة اعظم فانه ان لم يشتر احد
يذهب به الى دار الحرب ومفسدة كونه هناك يثبت ويكتهل اعظم من ضرر التفريق على الصغير لانه
ضرر الدين والدنيا فالدين ظاهر والدنيا تعريضه على القتل والسبي والسبي هلاك ويجيء ما ذكرنا
على المذهبين في تخصيص العلة وعدمه وعن السادس بان العلة ما هو مظنة الضياع والاستيحاش
وقد بقي له من يقوم مقام الثالث على ان في رواية عن ابي يوسف يمتنع الثالث في الكفاية اجتمع في
الصغير عدد من اقاربه لا يفرق بينه وبين واحد اختلفت جهة القرابة كالعم والخال والخدنة كالانين
عند ابي يوسف لانه يتوحش بفراق الكل وعن السابع بان العتق والكتابة عين الجمع لا التفريق فان
المعتق والمكاتب يزول الحجر عنه فيتمكن من الكون مع اخيه حيثما كان واين ما صار وعن الثامن
بانتفاء الضرر عنهما لما اختار ذلك فقد تحققنا خلو الوصف الظاهر المنضبط عن الحكمة فلا
يشرع معه الحكم فآل الكل الى عدم العلة في الحقيقة ومن صور جواز التفريق ما في المبسوط اذا
كان للذمي عبد له امرأة امة ولدت منه فاسلم العبد وولده صغير فانه يجبر الذمي على بيع العبد
وابنه وان كان تفريقا بينه وبين امه لانه يصير مسلما باسلام ابيه فهذا تفريق بحق قوله فان فرق
كره ذلك وجاز العقد اذا كان المالك مسلما حرا او مكاتبا او ماذونا اما اذا كان كافرا فلا لانهم غير
مخاطبين بالشرائع والوجه انه ان كان التفريق في ملتهم حلالا لا يتعرض لهم الا ان كان يبيعهم من مسلم فيمنع
على المسلم وان كان ممتنعا في ملتهم لا يجوز وعن ابي يوسف رحمه الله لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في
غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك اي قرابة الولاد وغيرها وهو قول احمد لما روينا من حديث
علي رضي الله عنه وقول النبي صلى الله عليه وسلم ادركهما وارجعهما فان الامر بالادراك والارجاع
لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر من اهله في محله والكراهة لمعنى مجاور والنهي
للمجاورة لا يوجب الفساد بخلاف الوصف لازم فشابه كراهة الاستيام على سوم اخيه وحينئذ
يجب تاويل الامر بالادراك والارجاع على طلبا الاقالة مع ظهور انه يفعله رغبة في ثواب الاقالة

او ان يبيع الاخ الاخر منه واعلم ان مدة منع التفريق انما اعتدالي بلوغ الصغير بالاحتلام او بالحيض
وذكر فيه حديثا في المبسوط عنه صلى الله عليه وسلم لا يجمعوا عليهم بين السبي والتفريق ما لم يبلغ
الحلم والجارية وعن عبادة بن الصامت عنه عليه السلام قال لا تفرقوا بين الام وولدها فقيل
الى متى فقال الى ان يبلغ الغلام وتحيض الجارية رفعه في المبسوط وهو قول الشافعي وفي الظاهر قوليه
الى زمان التمييز سبع او ثمان بالتقريب والى زمان سقوط الاسنان والحديث المذكور ذكره الحاكم
وصححه وخطاه صاحب التنقيح وقال الاشبه انه موضوع وسببه ان في سنده عبد الله بن عمرو
ابن حسان قال الذهبي كذاب وقيل رماه ابن المديني بالكذب غير ان الحكم المذكور وهو التفريق
بعد البلوغ حكم ثابت شرعا وقال بعض مشايخنا اذا راهق ورضيا بالتفريق فلا باس به لانهما
من اهل النظر لانفسهما وربما يريان المصلحة في ذلك قوله وان كانا كبيرين فلا باس
بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص ليثبت فيه المنع الحاقا بالدلالة اذ كان اصله
على خلاف القياس وقد صح انه صلى الله عليه وسلم فرق بين مارية وسيرين بالسين المهملة ذكره
ابن عبد البر في الاستيعاب قال البزار بعد ان غلطه للحديث طريق ذكرها لكن روى هذا الحديث
عن بشر بن المهاجر حاتم بن اسمعيل ودلهم بن دهثم انتهى ولبشير عن عبد الله بن بريدة عن ابيه قال
اهدى المقوقس القبطي لرسول الله صلى الله عليه وسلم جاريتين وبغلة كان يركبها فاما احدى
الجاريتين فتسراها فولدت له ابراهيم عليه السلام وهي مارية ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها
رسول الله صلى الله عليه وسلم لحسان بن ثابت وهي ام عبد الرحمن بن حسان وذكر ان هذا
الحديث في صحيح ابن خزيمة واخرجه البيهقي بسند اخر في دلائل النبوة مرسلا انه صلى الله عليه
وسلم بعث حاطب بن ابي بلتعة الى المقوقس الى ان قال واهدى له مع حاطب كسوة وبغلة
مسروجة وجاريتين احدهما ام ابراهيم واما الاخرى فوهبها عليه الصلوة والسلام لجهم
ابن قيس العبدي وهي ام زكريا بن جهيم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر وهذا مخالف
لما تقدم وجمع بينهما حديث اخر رواه البيهقي بسنده الى حاطب قال بعثني رسول الله صلى
الله عليه وسلم الى المقوقس ملك الاسكندرية فجئت بكتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
فانزلني في منزله فاقمت عنده ثم بعث الي وجمع بطارقته الى ان قال وهذه هدايا ابعث
بها معك الى محمد فاهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جوار منهن ام ابراهيم
ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم وواحدة وهبها لابي جهيم بن حذيفة العدوي وواحدة
وهبها لحسان بن ثابت فهذا يعلم من الفاظ هذا الحديث وطرقه وليس في شيء منها ان الجا
ريتين كانتا اختين وهو موضوع للاسناد لا لا جرم ذكر ابي الربيع سليمان الكلاعي في كتاب الاكتفا
عن الواقدي باسناد له ان المقوقس ارسل الى حاطب ليلة الى ان قال فارجع الى صاحبك فقد
امرت له بهدايا وجاريتين اختين فارهتين وبغلة من مراكبي والف مثقال ذهبا وعشرين
ثوبا من لين وغير ذلك وامرت لك بماية دينار وخمسة اثواب فارحل من عندي ولا تسمع منك
القبط حرفا واحدا فهذا مع توثيق الواقدي دليل على المطلوب وقد اسلفنا توثيقه وكرر ذلك
ابن عبد البر في الاستيعاب ونقله احمد بن عبد الله الطبري عن ابي عبيدة في خاتمة مناقبه اهل

المؤمنين فالله اعلم بذلك وانما بوب ابو داود للتفريق بين المذكورات للحديث الذي في مسلم
عن مسلمة بن الاكوع قال خرجنا مع ابي بكر نغزو فزارة الى ان قال فجئت بهم الى ابي بكر وفيهم امرأة معها
ابنة لها من احسن العرب فنفلني ابو بكر ابنتها فقدمت المدينة فقال لي النبي صلى الله عليه وسلم يا
سلمة هب لي المرأة قلت هي لك ففدى بها اسارى ثلثة انتهى مختصرا ففيه التفريق وان كان من فعل
ابي بكر لكن لا شك في ان النبي صلى الله عليه وسلم علمه واتهب الجارية ولم يردها على امها بل ابعد
دارها حين فدى بها فهذا والله اعلم هو الدليل على التفريق بين الكبيرين **فروع** اذا كان مع
الصغير ابواه لا يبيع واحدا منهم ولو كان معه ام واخ او ام وعمة او خالة او اخ جاز بيع من سوى
الام وروى هشام عن محمد انهم لا يباعون الا معا اعتبارا لاختلاف الجهة والصحيح ما ذكر في ظاهر
الرواية لان شفقة الام تغني عمن سواها ولهذا كانت احق بالحضانة من غيرها فهذه الصورة مستثناة
من اختلاف الجهة والجدة كالام فلو كان معه جدة وعمة وخالة جاز بيع العمة والخالة ولو كان معه
عمة وخالة لا يباعوا الا معا لاختلاف الجهة مع اتحاد الدرجة ولو كان معه اخوان واخوة كبار
في رواية الامالي لا يباع واحد منهم والصحيح انه يجوز بيع ما سوى واحد منهم وهو الاستحسان لان
الشفقة امر باطن لا يوقف عليه فيعتبر السبب ولا يعتبر الابعد مع الاقرب وعند الاتحاد في الدرجة
والجهة احدهما يغني وكذا لو ملك ستة اخوة ثلثة كبارا وثلثة صغارا فباع مع كل صغير كبيرا جاز
استحسانا فلو كان معه اخت شقيقة واخت لاب واخت لام باع غير الشقيقة ولو ادعاه رجلان
فصارا ابوين له ثم ملكوا جملة القياس ان يباع احدهما لاتحاد جهتهما وفي الاستحسان لا يباع لان
الاب في الحقيقة واحد فاحتمل كونه الذي يبيع فيحتمل احتياطا فصار الاصل انه اذا كان معه عدد
احدهم ابعد جاز بيعه وان كانوا في درجة فان كانوا من جنسين مختلفين كالاب والام والخالة والعمة
لا يفرق ولكن يباع الكل ويمسك الكل وان كانوا من جنس واحد كالاخوين والعمين والخالين جاز
ان يمسك مع الصغير احدهما ويبيع ما سواه ومثل الخالة والعم اخ لاب واخ لام والله الموفق

باب الاقالة

مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه انه اذا وقع البيع فاسدا او مكروها وجب على كل من المتعا
قدين الرجوع الى ما كان له من راس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر
في النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ في العقود المكروهة السابقة وهو حق لان
رفع المعصية واجب بقدر الامكان وايضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يستدعي سابقة
ثبوته وابواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان ثبته فاعقب الرفع بعد
ابواب الاثبات ثم قيل الاقالة من القول والهمزة للسلب فاقال بمعنى ازال القول اي القول الاول
وهو البيع كاشكى ازال شكايته ودفع بانهم قالوا قلته بالكسر فهو يدل على ان عينه ياء لا واو
فليس من القول ولانه ذكر الاقالة في الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو وايضا ذكر في مجموع
اللغة قال البيع قيلا واقالة فسخه **قوله** الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول عليه اجماع
المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيمة اخرجه
ابو داود وابن ماجة عن الاعمش عن ابي صالح عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم من اقال مسلما بيعته اقاله الله عثرته زاد ابن ماجة يوم القيمة ورواه ابن حبان
في صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين واما لفظ نادما فعند البيهقي قال المصنف ولان العقد
حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما التي لها شرع البيع وغيره ولا يخفى ان النص المذكور والمعنى
انما يفيد مجرد جواز الاقالة واما لزوم كونه على الثمن الاول بعينه فلوجه يفيده المعنى الذي
مهده بقوله والاصل اي الاصل في لزوم الثمن الاول حتى يبطل الاقل والاكثر ان الاقالة فسخ
في حق المتعاقدين وحقيقة الفسخ ليس الا رفع الاول كان لم يكن فتثبت الحال الاول وهو رجوع
عين الثمن الى مالكه كان لم يدخل في الوجود غيره وهذا يستلزم تعين الاول ونفي غيره من الزيادة
والنقص وخلاف الجنس والاجل نعم لما لم يكن فعلهما ينفذ على غيرهما جعل بالنسبة الى غيرهما بيعا
فيعطى بالنسبة اليهما حكم البيع كما سنذكره فان لم يمكن جعله فسخا كان ولدت المبيعة بعد القبض
وكما اذا كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك بطل هذا قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف
هي بيع الا ان لا يمكن بيعا بان وقعت الاقالة قبل القبض في مبيع منقول فتجعل فسخا فان تعذر
كونها بيعا وفسخا كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فتقايلا بعد هلاك العرض فحينئذ يبطل
وعند محمد قلب قول ابي يوسف فهي فسخ الا ان يتعذر فبيع الا ان تعذر فيبطل والعجب ان قول
ابي يوسف كقول ابي حنيفة رحمه الله في ان الاقالة تصح بلفظين احدهما مستقبل كما لو قال اقلني
فقال اقلتك مع انها بيع عنده والبيع لا ينعقد بذلك على ما سلف ومحمد يقول انها فسخ ويقول
لا تنعقد الا بالماضي فيهما لانها كالبيع فاعطي بسبب الشبهة حكم البيع وابو يوسف مع حقيقة
البيع لم يعط حكمه لان المساومة لا تجري فيها الاقالة فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع هكذا
في شرح القدوري وذكر في الدراية والذي في فتاوى قاضيخان ان قول ابي حنيفة كقول محمد
وفي الخلاصة اختار قول محمد ولا يتعين مادة قاف لام بل لو قال تركت البيع وقال الآخر
رضيت او اخترت تمت وتجوز قبول الاقالة دلالة بالفعل كما اذا قطعه قميصا في فور قول
المشتري اقلتك وينعقد بفاسختك وتاركتك وجه قول محمد ان اللفظ اي لفظ الاقالة
وضع للفسخ والرفع بدليل الاستعمال فانه يقال اقلني بمعنى اسقط اثرها باعتبارها عدما بعد
وجودها وهو المراد بالفسخ اذ حقيقة رفع الواقع عن ان يكون واقعا غير ممكن بعد الدخول
في الوجود فيوفر عليه قضيته واذا تعذر الفسخ يحمل على محتمله وهو البيع ولابي يوسف انه
مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع وخصوص اللفظ لا عبرة به غاية الامر
انه لم يسم فيه الثمن لانه معلوم كما في التولية واخذ الدار بالشفعة ولهذا بطل الاقالة بهلاك
المبيع بعد الاقالة قبل الرد ووجب للذي كان بائعا الرد بالعيب الحادث عند المشتري وهذه
احكام البيع فاذا ترتبت على شيء كان بيعا غير انه اذا تعذر جعله بيعا كما اذا وقعت في منقول
قبل قبضه صرنا الى المجاز بجعله فسخا تصحيحا لكلام العاقل ما امكن وكونه لا يبتدأ عقد
البيع بانشائه به ممنوع على قول بعض المشايخ فانه قال يجوز ان يعقد البيع ابتداء بلفظ الاقالة
وانتفاؤه في الصحيح لعدم تقدم البيع وهذا بيع هو فرع بيع سابق فلا يتصور بدون سبقه
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان اللفظ ينبئ عن الرفع على ما قلنا لمحمد رحمه الله والاصل اعمال الالفاظ

مقتضياتها الحقيقية وكونه يثبت به لوازم البيع من الرد بالعيب والهلاك بالنسبة الى ثالث
لا يستلزم كونه من حقيقته اذ اللوازم قد تكون عامة تترتب على حقيقتين مختلفتين فلا تكون
الاقالة بيعا لذلك فان قيل فيكون بيعا لثبوت حقيقة معنى البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال
بالتراضي لا لثبوت اللوازم الخارجية قلنا انا نريد بالبيع ما كان مفيدا لهذه المبادلة ابتداء لا
تراجعا بطريق الرفع حكما على الشرع بذلك اي بانه وضع لهذا الاعتبار والا رجع الى مجرد الاصطلاح
على ان مسمى لفظ البيع هو المبادلة مطلقا شرطا او بقيد ان لا يكون تراجعا والاحكام الشرعية لا
تختلف باختلاف الاصطلاح في الالفاظ بقي امر اخر وهو انها لم لم تستعمل في البيع مجازا عند تعذر
الفسخ كما قال محمد اجاب عنه بقوله ولا يحتمل ابتداء البيع ليحمل عليه تعذر الفسخ لانه اي الرفع
الذي هو المعنى الحقيقي ضده اي ضد العقد او نقيضه فلا يصح استعماله فيه وهذا طريق الفقها
لان الاستعمال في الضد انما يكون للتهكم او تمليح وليس ذلك في الفقه او يكون لمشاكلة للفظ
وقع في صحبته كجزاء سيئة وليس هنا ذلك فتعين البطلان وكونه بيعا في حق ثالث ليس باعتبار
جعلنا اياه مجازا عنه ولكن لامر ضروري وهو انه لما ثبت به مثل حكم البيع وهو الملك ببدل
ظهر في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما في تصرفا موجب البيع عنه فيقتصر عليهما ويظهر بيعا في
حق غيرهما ولئلا يفوت مقصود الشارع في بعض الصور كالشفعة شرعت لدفع ضرر الجوار
او الخلطة فاذا فرض ثبوت ذلك في عودها الى البايع ولم يثبت حق الشفعة تخلف مقصوده
قوله اذا ثبت هذا اي هذا الخلاف في هذا الاصل فنقول تفريعا عليه اذا شرطا في الاقالة
الاكثر كان تقايلا على ماية والبيع بخمسين فالاقالة على الثمن الاول عند ابي حنيفة ويبطل شرط الزيادة
لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة وانما بطل لان الاقالة رفع ما كان لا رفع ما لم يكن لان
رفع ما لم يكن ثابتا محال ولم يكن الثابت العقد بذلك القدر فلا يتصور رفعه على ماية توضيحه
ان رفعه على ماية يرجع الى المشتري والحال انه لم يكن في الوجود العقد بماية رفع ما لم يكن له وجود
فلا رفع اصلا الا ان اصل العقد له وجود واياه عنينا بالاقالة غير انهما زاداه شرطا فاسدا
فيثبت الرفع برفعهما ويبطل الشرط الفاسد الذي زاداه بخلاف البيع لان الزيادة يمكن اثباتها
فيه ويتحقق الربوا ويصير بيعا فاسدا فلا يتصور اثباتها في الرفع وكذا اذا شرط الاقل عنده تصح
بقدر الثمن الاول لما بينا انه شرط فاسد فيبطل هو ويثبت قدر الاول الا ان يكون حدث بالمبيع
عيب فيصح بالنقصان جعلا للحط بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعا
لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد لتعذر الفسخ على الزيادة فجعل بيعا وكذا في
شرط الاقل عند ابي يوسف يصح به لانه بيع وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول باعتباره مريدا
للاول لكنه سكت عن بعضه ولو سكت عن الكل بان قال اقلتك يكون فسخا عليه فاذا سكت
عن بعضه اولى بخلاف ما اذا زاد ولو دخله عيب فهو فسخ بالاقل لما بينا من جعل الحط بازاء
ما انتقص بالعيب **فروع** باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فانتقص وزنه لا يجب على المشتري
شيء لان كل المبيع باق **قوله** ولو قال بغير الثمن الاول بان كان دراهم فقال على دنانير
تبلغ قيمتها قدرها فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي حنيفة وتجعل التسمية لغوا وعندهما بيع

لمابينا

لما بينا انه عند ابي يوسف بيع وعند محمد اذا تعذر جعله فسخا **قوله** ولو ولدت المبيعة ولدا اي
بعد القبض ثم تقايلا فالاقالة باطلة عنده لان الولد زيادة منفصلة والزيادة المنفصلة اذا
كانت بعد القبض يتعذر معها الفسخ حقا للشرع بخلاف ما قبل القبض والحاصل ان الزيادة متصلة
كانت كالسمن او منفصلة كالولد والارش والعقر اذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع وان كانت
بعد القبض متصلة فكذلك عنده وان كانت منفصلة بطلت الاقالة لتعذر الفسخ معها والاقالة
لا تصح على قوله الا فسخا وعندهما يكون بيعا ومن ثمرات الخلاف انهما لو تقايلا في منقول قبل ان يسترد
المبيع من المشتري باعه من المشتري ثانيا جاز البيع خلافا لابي يوسف لان الممتنع البيع قبل القبض لا
الفسخ ولو باعه من غير المشتري لا يجوز اتفاقا لانه بيع في حق الغير ولو كان غير منقول جاز بيعه من غير
المشتري في قول ابي حنيفة وابي يوسف وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما في مواضع ايضا منها ان المبيع
لو كان عقارا له شفيع فسلم الشفعة في اصل البيع ثم تقايلا وعادا الى ملك البايع للشفيع ان يطلب له
الشفعة في الاقالة اتفاقا ومنها ان البيع لو كان صرفا كان التقابض من الجانبين شرطا في صحة الاقالة
لانه مستحق الشرع فكانت بيعا جديدا في حق الشرع ومنها انه لو اشترى شيئا فقبضه قبل نقد
الثمن فباعه من اخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري ثم ان البايع اشتراه من المشتري باقل من الثمن قبل النقد
جاز ويجعل في حق البايع كانه ملكه بسبب جديد ومنها ان السلعة لو كانت هبة في يد البايع ثم
تقايلا فليس للواهب الرجوع على البايع لان البايع في حق الواهب كانه اشتراه **قوله** وهلاك الثمن
لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع منها ووجه الفرق ان المبيع مال حقيقة وحكما لانه عين
متعين بخلاف الثمن لانه اما ليس بمال بل دين حقيقة وحكما فيما اذا لم يشر اليه نقد واما مال حكما لا حقيقة
حقيقة فيما اذا اشار اليه لعدم تعلق العقد بما اشار اليه بل بمثله في ذمته والدين مال حكما لا
ولذا كانت البراءة منه تصح بلا قبول لعدم المالية الحقيقية غير انها ترتد بالرد للمالية الحكمية
وهبة العين لا تصح بلا قبول بحال ولا تتادى زكوة العين بالدين لان الدين انقص من العين في المالية
ولا يتادى الكامل بالناقص ولذا لم يحنث من حلف لا مال له وله ديون عظام واذا كان للمبيع هذه
المزية وجب اظهارها وقد تعذر ذلك في ابتداء البيع لان حاجته الى المبيع والثمن سواء فاظهرناها
في البقاء فجعلنا بقاء البيع حكما مضافا الى قيام المبيع فاذا هلك ارتفع البيع وان كان الثمن الدراهم
باقية فامتنعت الاقالة اذ رفع ما لا وجود له لا يتصور وانما جازت الاقالة فيما لو كان راس المال
عرضا معينا وقبضه المسلم اليه ثم هلك باعتبار ان السلم في هذا كبيع المقايضة لان المسلم فيه مبيع
شرعا معقود عليه فيعتبر العين ثمنا والدين عينا مبيعا ولذا لا يجوز الاستبدال به قبل قبضه
فجازت الاقالة ويضمن قيمة الهالك او مثله في الاقالة كما في حقيقة المقايضة كما سنذكر انما
لو تقايلا والبدلان قائمان ثم هلك احدهما ايا كان فالاقالة صحيحة وعليه قيمة الهالك او مثله
ولو هلك بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع فيه **قوله** ولو تقايضا بالياء المثناة
من تحت اي تبايعا بيع المقايضة فهلك احد العوضين جازت الاقالة لان كلا منهما مبيع من وجه فكان
البيع باقيا ببقاء العين القايمة منهما فامكن الرفع فيه وعليه تفرع ما لو اشترى عبدا بامة وتقابضا
ثم ان مشتري العبد باع نصفه من رجل ثم اقال البيع في الامة جازت الاقالة وعليه لبايع الامة قيمة العبد

وكذا لولم يبع ولكن قطعت يد العبد واخذ الارش ثم اقال البيع في الامة ولو هلك البدلان
قبل الاقالة ارتفع البيع فامتنعت الاقالة اما لو تقايلا بعد هلاك احدهما وصحت الاقالة
ثم هلك الاخر قبل الرد بطلت الاقالة ايضا والفرق بين المقايضة والصرف فان هلاك البدلين
في الصرف غير مانع من الاقالة وفي المقايضة مانع انه في الصرف لا يلزمه رد المقبوض بعد الاقالة
بل رده او مثله فلم تتعلق الاقالة بعينهما فلا تبطل بهلاكهما بخلاف غيره من البياعات فانه تتعلق
بعين المبيع ولو تقايلا السلم وراس المال مما لا يتعين كان في يد المسلم اليه فانما عليه رد مثله ولو
تقايلاه بعدما قبض المسلم فيه وهو قايم في يد رب السلم صحت وعلى رب السلم رد عين ما قبضه لان
المقبوض بعقد السلم وان كان عقدا على دين كعين ورد عليه العقد ولهذا لا يجوز بيعه مرابحة على راس
المال ذكره الاسبيجابي **فروع** ما يمنع الرد بالعيب يمنع الاقالة وكذا اذا هلكت الزيادة المتصلة
او المنفصلة او استهلكها اجنبي تتوقف الاقالة على القبول في المجلس وتجوز الاقالة من الوكيل بالبيع والسلم
في قول ابي حنيفة ومحمد كالابرا خلافا لابي يوسف واقالة الوكيل بالشرا لا تجوز بالاجماع وفسخ الموكل
مع المشتري جايز وفي جميع التقايل اقالة الوارث جايزه واطلق في الجامع جواز اقالة الوصي
وهو مقيد بما اذا لم يبع باكثر من القيمة فان باع باكثر منها لا تصح اقالته وكذا المتولي ايضا ولو اشترى
باقل من القيمة ليس له الاقالة ولو كان الثمن عشرة دنانير ودفع اليه الدراهم عوضا عن الدنانير
ثم تقايلا وقد رخصت الدراهم رجع بالدنانير التي وقع العقد عليها بما دفع وكذا لو رد بالعيب وكذا
في الاجارة لو فسخت ولو عقدا بدراهم ثم كسدت ثم تقايلا فانه يرد تلك الدراهم الكاسدة ولو عقدا
بثمن موجل ثم جدداه حالا وعلى القلب انفسخ الاول وكذا لو عقدا بدراهم ثم جدداه بدنانير او على
القلب اما لو جدداه بدراهم اكثر او اقل فلا وهو حط من الثمن او زيادة فيه وقالوا لو باع باثني عشر وحط
عنه درهمين ثم عقدا بعشرة لا ينفسخ الاول لانه مثله اذ الحط يلتحق باصل العقد الا في اليمين فيحنث
لو كان حلف لا يشتريه باثني عشر ولو قال المشتري بعد العقد قبل القبض للبايع بعه لنفسك فان باعه
جاز وانفسخ الاول ولو قال بعه لي ولم يرد على قوله بعه او زاد قوله ممن شيت لا يصح في الوجوه لانه
توكيل ولو باع المبيع من البايع قبل القبض لا ينفسخ البيع ولو وهبه قبل القبض انفسخ يعني اذا قبل ولو قال
البايع قبل القبض اعتقه فاعتقه جاز العتق عن البايع وانفسخ البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف العتق
باطل وفي الفتاوي الصغري جحود ما عدا النكاح فسخ وعليه ما فرع في فتاوي قاضي خان وغيرها باع
امة فانكر المشتري الشرا لا يحل للبايع وطوها الا ان عزم على ترك الخصومة فيحل حينئذ له وطوها لان
جحود المشتري فسخ في حقه واذا عزم البايع على ترك الخصومة فقد تم الفسخ منهما وكذا لو انكر البايع
البيع والمشتري يدعي للبايع وطوها فان ترك المشتري الخصومة وسمع البايع بذلك حل له وطوها
ومثله لو اشترى جارية بشرط الخيار ثلثة ايام وقبضها ثم رد على البايع جارية اخرى في ايام الخيار وقال
هي التي اشتريتها وقبضتها كان القول له لانه انكر قبض غيرها فان رضي البايع بها حل وطوها لان المشتري
لما رد اخرى فقد رضي بتمليك البايع الثانية بالاولى فاذا رضي البايع بذلك تم البيع بينهما بالتعاطي
وكذا القصارة الاسكاف وكذا لو اشترى شيا مما يسارع اليه الفساد كاللحم والسمك والفاكهة
وذهب المشتري الى بيته ليجي بالثمن فطال مكثه وخاف البايع فساده كان له ان يبيعه من غيره استحسانا

لاجل

وللمشتري منه ان ينتفع به وان كان يعلم بذلك لان البايع رضي بانفساخ البيع الاول والمشتري كذلك
ظاهرا ثم ينظر ان كان الثمن الثاني اكثر من الاول فعليه ان يتصدق بالزيادة وان كان انقص فالنقصان
على البايع لا على المشتري الاول ولو اختلف البايع والمشتري فقال المشتري بعته من البايع باقل
من الثمن الاول قبل نقده وفسد البيع بذلك وقال البايع بل اقلتني فالقول للمشتري مع يمينه في
انكاره الاقالة فلو كان البايع هو الذي يدعي انه اشتراه من المشتري باقل مما باعه والمشتري يدعي
الاقالة تحالفا على كل على دعوى صاحبه

باب المرابحة والتولية

قوله المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية نقل
ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة اورد عليه ما لو باع دنانير اشتراها بدراهم
مرابحة لا يجوز مع صدق التعريف عليه واجيب عنه في بعض المواضع بانه بيع مرابحة وكونه
لا يجوز لشي اخر **واعلم** ان معنى السوال المرابحة جايزة بلا استثناء شي وهذا مما صدق فانه يجب
ان يجوز لكنه لا يجوز والجواب عنه بان المراد نقل ما ملكه مما هو مبيع متعين بدلالة قوله بالثمن
الاول فان كون مقابله ثمنا مطلقا يفيد ان ما ملكه بالضرورة مبيع مطلقا ثم ان ما لم يربح المرابحة
في ذلك لان بدلي الصرف لا يتعينان فلم تكن عين هذه الدنانير متعينة لتلزم مبيعا والذي لم
يرد وروده على التقدير الذي صححنا به الايراد ما اذا اشتراه نسيئة بثمن لا يجوز ان يرابح عليه مع انه
يصدق النقل بالثمن الاول الا ان يقال اذا كان فيه اجل فالثمن الاول بمقابلة شيين فلم يصدق
في احدهما انه مثل الثمن الاول والخيانة وارد على الطرد وكون المرابحة غير صحيحة هو معنى
عدم وجودها شرعا فيرد السوال وعلى عكسه مسايل **الاولى** ما اذا ابق العبد المغصوب فقضي بقيمته
على الغاصب ثم عاد للغاصب ان يبيعه مرابحة على القيمة التي ادها فهذا بيع مرابحة ولا يصدق
عليه نقل ما ملكه بالثمن الاول وكذا اذا باعه مرابحة بما قام عليه وكذا لو ملكه بهبة او ارث او
وصية وقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة انه يجوز وصورة هذه المسالة ان يقول قيمته
كذا او رقمه كذا فارابحك على القيمة او رقمه ومعنى الرقم ان يكتب على الثوب المشتري مقدارا سوا
كان قدر الثمن او ازيد ثم يرابحه عليه وهو اذا قال رقمه كذا وهو صادق لم يكن خاينا فان غبن
المشتري فيه فمن قبل جهله واجيب بما حاصله ان الغصب ملحق بالمعاوضات وكذا صح اقرار
الماذون به لما كان اقراره بالمعاوضات جايزا فالقيمة بالقضاء بها بمنزلة الثمن الذي اشتراه
به وصرح في الفتاوي الكبرى في مسئلة الغصب انه يقول قام علي بكذا وجواب الثانية ياتي في
هذا الكتاب والثالثة ما ذكرنا من ان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وسوا اذا قال قيمته كذا او رقمه
كذا وهو صادق لم يكن خاينا والخيانة لا يدفع ما على عكس الحد وسوال المرابحة نقل بالثمن الاول مع زيادة
ربح ولا ثمن سابق اصلا والله اعلم ومما يرد ايضا ما اذا كان راس المال عبدا مثلا فباع المبيع مرابحة
على العبد ممن صار اليه العبد بربح معين فانه يجوز مرابحة ولا يصدق عليه انه بمثل الثمن الاول فانه
بعينه لا بمثله ويجاب بان هذا العبد في حكم عبد اخر لان اختلاف الاسباب يوجب اختلاف الاعيان
قوله والبيعان جايزان استدل على جوازهما بالمعنى وعلى التولية بالنص فقال ان النبي صلى الله عليه وسلم

الي اخره في التولية احاديث لاشبهة فيها منها ما اخرج عبد الرزاق انا معمر عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن
عن سعيد بن المسيب عن النبي صلى الله عليه وسلم قال التولية والاقالة والشركة سوا ولا خلاف
في مرسل سعيد انا ابن جريج عن ربيعة عن النبي صلى الله عليه وسلم حديثا مستفاضا بالمدينة قال
من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه ويستوفيه الا ان يشرك فيه او يوليه او يقيله وحديث ابي
الذي ذكره المصنف في البخاري عن عايشة وفيه ان ابا بكر قال للنبي صلى الله عليه وسلم خذ بابي انت
وامي احدى راحلتي هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن اخرجه في بدء الخلق وفي مسند
احمد قال صلى الله عليه وسلم قد اخذتها بالثمن وفي الطبقات لابن سعد وكان ابو بكر قد اشتريهما
بثمانماية درهم من نعم بني قشير فاخذ احديهما وهي القصوى فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله
قريب مما ذكر ابن اسحق في السيرة قال فيها فلما قرب ابو بكر الراحلتين الي رسول الله صلى الله عليه
وسلم قدم افضلهما ثم قال له اركب فداك ابي وامي فقال صلى الله عليه وسلم لا اركب بعيرا ليس لي
قال فهي لك يا رسول الله قال لا ولكن بالثمن الذي ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد اخذتها بذلك
قال هي لك يا رسول الله فركبا وانطلقا ذكر السهيلي عن بعض اهل العلم انه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن
وقد انفق عليه ابو بكر اضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بني بعايشة ثنتي عشرة اوقية حين قال
له ابو بكر الا تبني باهلك يا رسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتي عشرة اوقية ونشا
والنش هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله
رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله وان يكون على تمام احوالها وهو
جواب حسن واما المعنى فهو قوله لاستجماع شرايط الجواز ولما لم يكف ثبوت الشرايط في الشرعية
افاد عليها بقوله والحاجة ماسة الي هذا النوع من التصرف لان الغبي الذي لا يهتدي في التجارة
يحتاج الي ان يعتمد على فعل المهتدي وتطيب نفسه بمثل ما اشتري وبزيادة ربح فوجب القول
بجوازهما ولا يخفي انه لا يحتاج الي دليل خاص لجوازهما بعد الدليل المثبت لجواز البيع مطلقا بما
تراضيا عليه بعد ان لا يخل بما علم شرطا للصحة بل دليل شرعية البيع مطلقا بشروطه المعلومة
هو دليل جوازها اذ لا زيادة فيها الا اقترانهما باخبار خاص اذ حاصله انه يبيعه بثمن كذا مخبرا بان
ذلك الثمن الذي اشتريت به او مع زيادة لا ارضي بدونها ومن معرفة شروط صحة البيع يعلم الذي يكون
بقوله ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض يعني الثمن مما له مثل كالنقد والحنطة والشعير
وما يكال ويوزن والعددي المتقارب بخلاف غير المتقارب كالبطيخ والرمان ونحوها لانه لو لم يكن له
مثل بان اشتري ثوبا بعبد مقايضة مثلا لو رابحه او ولاه اياه كان بيعا بقيمة عبد صفته كذا
او بقيمة عبد ابتدا وهي مجهولة وذلك معلوم انه لا يجوز اما لو كان من اشتراه به وصل الي من
يبيعه منه مرابحة عليه بربح معين كان يقول ابيعك مرابحة على الثوب الذي بيدك وربح
درهم او كر شعير او ربح هذا الثوب جاز لانه يقدر على الوفا بما التزمه من الثمن بخلاف ما
لو باعه والحالة هذه بربح ده يازده فانه لا يجوز لانه باعه براس المال وببعض قيمته فان معني ده
يازده كل عشرة احد عشر وهذا فرع معرفة عدد العشرات وهو بتقديم العبد وهذا بناء على
ان لفظ ده يازده ومعناه العشرة احد عشر اي كل عشرة ربحها واحد يقتضي ان يكون الحادي عشر

من جنس العشرة ولا شك انه غير لازم من مفهوم ذلك ولكن لزوم ذلك رفعا للجهالة ولا يثبت وحينئذ
فالمرابحة على العبد بده يازده يقتضي انه باعه بالعبد وببعضه او بمثل بعضه وهو كل عشرة اجزاء
من العبد ربحها جزء اخر منه وحين عرف ان المراد كل عشرة دراهم احد عشر لزم حينئذ ما ذكر وهو
انه باعه بالعبد وببعض قيمته ومن فروع ذلك اشتري عبدا بعشرة خلاف نقد البلد
وباعه بربح درهم فالعشرة مثل ما نقد والربح من نقد البلد اذا اطلقه لان الثمن الاول تعين
في العقد الثاني والربح مطلق فينصرف الي نقد البلد فان نسب الربح الي راس المال فقال بعتك بربح
العشرة عشرة او بربح ده يازده فالربح من جنس الثمن لانه عرفه بنسبته اليه وفي المحيط اشتري بنقد نيسابور
وقال بلخ قام على بكذا وباعه بربح مايه او بربح ده يازده فالربح وراس المال على نقد بلخ الا ان يعلم
المشتري انه نقد نيسابور او تقوم بينة واذا كان نقد نيسابور في الوزن والجودة دون نقد
بلخ ولم يبين فراس المال والربح على نقد نيسابور وان كان على عكسه واشتراه ببلخ بنقد نيسابور
ولم يعلم انه اوزن واجود فهو بالخيار ان شا اخذ وان شا ترك واعلم ان المعتبر في المرابحة ما
وقع العقد الاول عليه دون ما وقع عوضا عنه حتى لو اشتري بعشرة فدفع عنها دينارا او ثوبا
قيمته عشرة او اقل او اكثر فان راس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان وجوب هذا بعقد اخر
وهو الاستبدال **قوله** ويجوز ان يضيف الي راس المال اجرة القصار والصباغ اسود كان الصبغ
او غيره والطراز والفتل واجرة حمل الطعام برا او بحرا لان العرف جار بالحاق هذه الاشيا براس
المال في عادة التجار والاصل ان كل ما يزيد في المبيع او في القيمة يلحق به اي براس المال وما عددناه
بهذه الصفة لان الصبغ واخواته من الطراز والفتل تزيد في العين والحمل من مكان الي مكان تزيد
في القيمة لاختلاف القيمة باختلاف الاماكن قال في الايضاح هذا المعني ظاهر ولكن لا يتمشي في
بعض المواضع والمعني المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها واذا ضم ما ذكر يقول قام
على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب وسوق الغنم والبقر كالحمل يضمه بخلاف اجرة الراعي
والبيت للحفظ لا يزيد في العين ولا القيمة فلا يضم وكذا سايق الرقيق وحافظهم وحافظ الطعام
والمتاع بخلاف سايق الغنم وكذا اجرة تعليم العبد صناعة او قرانا او علما او شعرا لان ثبوت الزيادة
بمعني فيه اي في المتعلم وهو حذاقته فلم يكن ما انفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا
يخفي ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك انه مسبب عن التعليم عادة وكونه مما
القابلية في المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ فلا يمنع نسبته الي التعليم كما لا يمنع نسبته الي الصبغ كما
هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط اضاف نفي ضم المنفق في التعليم الي انه لم
يعرف فيه عرف قال وكذا في تعليم الغنا والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه براس المال وكذا
لا يلحق اجرة الطبيب والرايض والبيطار وجعل الابق لانه نادر فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في
النادر والحجامة والختان لعدم العرف ونضم اجرة السمسار في ظاهر الرواية وفي جامع البرامكة
لا يضم لان الاجارة على الشرا لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت
مشروطة في العقد تضم وقيل اجرة الدلال لا تضم كل هذا ما لم يجر عادة التجار ولا يضم نفقة الجلا
ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا او زيادة ويضم علف الدواب

الا ان يعود عليه شيء متولد منها كالبانها واصوافها وثمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا
اجر الدابة او العبد او الدار فاخذ اجرته فانه يرابح مع ضم ما انفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين
وكذا دجاجة اصاب من بيضها يحتسب بما ناله مما انفق ويضم الباقي وتضم اجرة التجصيص والتطيين
وحفر البئر في الدار والقناة في الارض ما بقيت هذه فان زالت لا يضم وكذا سقي الزرع والكرم وكسحه
ولو قصر الثوب بنفسه او طين او عمل هذه الاعمال لا يضم شيا منها وكذا لو تطوع متطوع بهذه الاعمال
او باعادة **قوله** فان اطلع المشتري على خيانة في المرابحة اما باقرار البايع او بالبينة او بنكوله عن
اليمين وقد ادعاه المشتري هذا على المختار وقيل لا يثبت الا باقراره لانه في دعوى الخيانة مناقض
فلا يتصور بينة ولا نكول والحق سماعها كدعوى العيب ودعوى الحط فانها تسمع فهو بالخيار عند ابي حنيفة
رحمه الله ان شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وان اطلع عليها في التولية حط قدرها وقال ابو يوسف
يحط فيهما اي في المرابحة والتولية وهو قول الشافعي ولمحمد ان الاعتبار فيهما ليس الا للتسمية لان الثمن به
يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بانه الثمن الاول فيهما ولا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب
فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته بظهور ان الثمن ليس ذلك يتخير ولابي يوسف ان
الاصل فيه اي في عقد المرابحة والتولية كونه تولية ومرابحة وذلك بالبناء على الثمن الاول فيتعلق به العقد
باعتبار انه تولية ومرابحة عليه وذلك بالحط غير انه يحط في التولية مقدار الخيانة من راس المال وفي
المرابحة يحطه منه ومن الربح على نسبته حتى لو رابح في ثوب على عشرة بخمسة فظهر ان الثوب بثمانية يحط
ثلاثة دراهم من الثمن درهمين ومن الربح خمسة وهو درهم ولابي حنيفة في الفرق بينهما كما قال ابو يوسف
في التولية وهو انه لو لم يحط فيها لا يبقى تولية لانه تزيد على الثمن الاول والعقد انما تعلق باعتبارها
فيتغير التصرف الى بيع اخر بثمن اخر ولم يوجد ذلك البيع الاخر واما في المرابحة لو لم يحط لا يخرج عن
كونها مرابحة ليتغير التصرف وان كان يتفاوت الربح فانه يظهر ان الربح اكثر مما ظنه المشتري فامكن
القول ببقاء العقد ولكن يتخير لما ذكره محمد من فوات الوصف المرغوب فيه فلو هلك المبيع قبل ان يرده
او استهلكه او حدث فيه ما يمنع الفسخ لزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله
شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط وفيهما يلزم تمام الثمن قبل الفسخ فكذا هنا وهو المشهور من قول محمد
بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه جزء فايت يطالب به فيسقط ما يقابله اذا عجز عن تسليمه واما على قول
ابي يوسف فلو هلك المبيع او انتقص يحط وقوله في الروايات الظاهرة احتراز عما عن محمد من غير
رواية الاصول انه يفسخ البيع على القيمة ان كانت اقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على اصله
في مسئلة التحالف بعد هلاك السلعة انه يفسخ بعد التحالف دفعا للضرر عن المشتري ويرد القيمة
ويسترد الثمن **قوله** ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه من الذي باعه منه بمثل ما باعه فان
باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان الربح استغرق الثمن لم يبعه مرابحة الا ان يبين
هذا عند ابي حنيفة وهو مذهب احمد وقال ابو يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو
قول الشافعي ومالك رحمهم الله صورته اذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة
ممن باعه منه بعد التقابض فانه يطرح من هذه العشرة التي اشتراه بها منه الخمسة التي ربحها فيبيعه
مرابحة على خمسة ويقول قام على بخمسة ولو اشتراه بعشرة فباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه ممن باعه منه

بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا الا ان يبين فيقول هذا كنت بعته فربحت فيه عشرة ثم اشتريته بعشرة وانا
ابيعه بربح كذا على هذه العشرة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وهو عشرة في الفصلين من غير
بيان لهما ان العقد الثاني وان كان ممن كان باعه منه فهو عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول ولذا
لو كان في الاول خيار لا يكون في الثاني وعلى العكس فلا يدخل فيه ما قبله مرابحة او وضيعة ولذا لو كان
اصله هبة او ميراثا فباعه ثم اشتراه كان له ان يبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولا يعتبر ما كان قبله
والا لم تجز المرابحة اصلا وهذا لان بالشراء الثاني تجدد له ملك غير الاول لان اختلاف الاسباب
كاختلاف العين على ما عرف وصار كما لو تخلل ثالث بان اشترى بعشرة ممن اشترى من المشتري منه بعشرين
ولابي حنيفة ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لانه يتاكد به اي بالعقد الثاني ما كان على
شرف السقوط من ذلك الربح بان يظهر المشتري على عيب فيرده فيزول الربح عنه فاذا اشتراه تاكد بقرار
ملكه لذلك الربح وللتاكيد في بعض المواضع حكم الايجاب كما في شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا
يضمنون نصف المهر لتاكيدهم ما كان على شرف السقوط بتقبيل ابن الزوج او بارتداد وعلى اعتبار التاكيد
يصير البايع في مسئلتنا مشتريا بالعقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فيكون الخمسة ويبقى الثوب بخمسة
وهذا الاعتبار واجب لان الشبهة في المرابحة ولذا لم تجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة
لان الغالب في الصلح ذلك فيجب ان يبيعه مرابحة على خمسة. فان قيل لو كان كذلك ينبغي ان لا يجوز الشرا
بعشرة فيما لو باع بعشرين لانه على هذا التفسير يصير في الشرا الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فكان
فيه الربا وهي حصول الثوب بلا عوض. اجيب بان التاكيد انما حصل له شبهة الايجاب احترازا عن
الخيانة وذلك يتحقق بالنسبة الى العباد لا بالنسبة الى الشرع وشرعية المرابحة لمعنى راجع الى العباد
لا الشرع ولذا اذا رضي المشتري به وقد علم يجوز ولو كان لحق الشرع لم يجز بتراضيهما كما في الربا لو
رضيا به. واورد على هذا ما لو وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة
بعشرة. واجيب بانه ممنوع في رواية وبتقدير التسليم فالبيع الثاني وان كان يتاكد به انقطاع حق
الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال ولا تثبت هذه الوكادة الا في عقد يجري فيه الربا وايضا ليس فيه
معنى يزداد في الثمن بخلاف ما اذا باعه بثمن حال مرابحة بعد ما اشتراه بذلك الثمن مؤجلا لانه
معنى يزداد في الثمن وبخلاف ما اذا باعه بوصيف او دابة او عرض اخر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه
مرابحة على عشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الثمن الاول ولا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا مدخل
لذلك في بيع المرابحة ولذا قلنا لو اشترى اشياء صفقة واحدة بثمن واحد ليس له ان يبيع بعضها
مرابحة على حصتها من الثمن لان ذلك لا يكون الا باعتبار القيمة وتعيينها لا يخلو عن شبهة الغلط
خلافا للشافعي في ذلك وبخلاف ما لو تخلل ثالث لان تاكد الربح بالبيع من الثالث ووقع الامن من البطلان
به فلم يستفد المشتري الاول بالشراء الثاني تاكد الربح وهنا بخلافه **قوله** واذا اشترى العبد
الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فانه اي المولى
يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك اذا كان المولى اشتراه بعشرة فباعه بخمسة عشر يجب ان يبيعه العبد
مرابحة على عشرة لان هذا العقد اعني الذي جرى بين العبد والمولى وان كان صحيحا لافادته ما لم
يكن من كسب العبد في كسبه ويسلم للمولى من كسبه ما لم يكن سالما قبله شبهة العدم لان الحاصل للعبد

لايخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى ان يستوفي ما في يده لنفسه ويقضي دينه من عنده وكذا
في كسب المكاتب ويصير ذلك الحق حقيقة اذا عجز ورد في الرق فصار كانه باع ملك نفسه من نفسه
او اشترى ملك نفسه لنفسه ولكن للفائدة التي ذكرناها صححناه فظهر انه جايز مع المنافي وهو
كونه عبده المستلزم لكون المال له لولا الدين فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للعقد
الاول وهو الكاين بعشرة ليصير كان العبد اشتراه بعشرة لاجل المولى في الفصل الاول وهو
ما اذا اشتراه العبد وباعه من المولى وكانه يبيعه لاجل المولى في الفصل الثاني وهو ما اذا
باعه المولى من عبده فكان المعتبر الثمن الاول وهذه المسئلة بالاتفاق وكذا الجواب اذا كان
مكان الماذون مكاتب السيد بالاتفاق وقوله فاعتبر عدما في حكم المرابحة يفيد انه انما
اعتبر عدما للمرابحة لا لكونه معدوما من وجه وسببه ان المرابحة بيع امانة تنفي عنه كل
تهمة وخيانة والمسامحة جارية بين السيد وعبده ومكاتبه فيتهم بانه اشتراه منه بزيادة
او باعه منه كذلك ولهذا قال ابو حنيفة اشترى شيا من ابيه او امه او ولده او اشترى هولا
منه لا يبيع واحد منهم مرابحة الا على الثمن الذي قام على البايع الا انهما خالفا في هذه فقالا
يبيعه مرابحة على ما اشتراه من هولا لتباين الاملاك والحقوق فكانا كالاجنبين وابو حنيفة
يقول ما يحصل لكل من هولاء كانه للاخر من وجه ولهذا لا تقبل شهادة احدهم للاخر وتجري
المسامحة بينهم فكان الاحتياط فيما ذكرنا ثم القيد المذكور وهو كونه مديونا بما يحيط برقبته
مصرح به في الجامع من رواية محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة والمشايخ في تقرير هذه المسئلة
منهم من ذكره كقاضي خان ومنهم من لم يقيد بالمحيط كالصدر الشهيد فقال عبد ماذون عليه
دين يحيط برقبته او غير محيط ومنهم من لم يذكر الدين اصلا كشمس الايمة في المبسوط فقال اذا
اشترى من ابيه او امه او مكاتبه او عبده ولا شك ان ذكره وعدمه في الحكم المذكور سوا بل اذا كان
لا يرابح الا على الثمن الاول فيما اذا كان عليه دين محيط مع انه اجنبي من كسبه فلان لا يرابح الا عليه
فيما اذا لم يكن عليه دين اولى لانه حينئذ لا ينعقد العقد الثاني اصلا انما يبيع ماله من نفسه
او يشتريه وانما فايدته لثبوت صحة العقد الثاني وعدمه والحكم المذكور على التقديرين لا يختلف
ولو اشترى من شريكه سلعة ان كانت ليست من شركتهما يرابح على ما اشترى ولا يبين وان كانت من
شركتهما فانه يبيع نصيب شريكه على ضمانه في الشراء الثاني ونصيب نفسه على ضمانه في الشراء الاول
نحو ان تكون السلعة اشتريت بالف من شركتهما فاشتراها احدهما من صاحبه بالف ومايتين فانه
يبيعها مرابحة على الف وماية لان نصيب شريكه من الثمن ستماية ونصيب نفسه من الثمن الاول
خمسماية فيبيعها على ذلك ومنه مسئلة الكتاب التي ذكرها بقوله واذا كان مع المضارب عشرة
دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثني عشر
ونصف لان هذا البيع وان قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله مع انه
اشترى ماله بماله وهو وجه المنع لزفر لكنا اجزناه لما فيه من فايدة استفادة ولاية التصرف
وهو المقصود بعد ما كانت منتفية لانقطاع ولاية التصرف عنه بالتسليم الى المضارب والانعقاد
يتبع الفايدة ففيه شبهة العدم الا يرى انه اي المضارب وكيل عنه اي عن رب المال في البيع الاول

من وجه

من وجه وذلك يمنع صحة بيعه منه كما لا يصح بيع الوكيل من موكله ما وكله بشرايه لانه ماله وتصرفه
فيه جايز ومن وجه اخر هو مال المضارب حتى اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال عليه في البيع ولو اشترى
المضارب جارية لا يجوز لرب المال وطيها وان لم يكن في المال ربح فاعتبر البيع الثاني عدما في
نصف الربح الذي هو حصة رب المال مثل ما ذكرنا في التي قبلها فيبيعه على اقل الثمنين للاحتياط
وعلى حصة المضارب من الربح لان المضارب في ذلك المقدار بمنزلة الاجنبي فلا تهمة فيه ولو
اشتريا سلعة فاقتسماها فاراد احدهما ان يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ان كانت
القسمة استيفاء محضا كالكيلي والوزني والعددي المتقارب جاز بيعه مرابحة وان كانت في
كالاشيا المتفاوتة لم يجز بيعه مرابحة لابتنائه على التقويم وهو ممتنع في المرابحة كما ذكرنا
قوله ومن اشترى جارية فاعورت اي من غير صنع احد بل بافة سماوية او بصنعها بنفسها
يبيعها مرابحة ولا يبين انه اشتراها بذلك الثمن وليس بها هذا العور وكذا لو وطيها وهي
ثيب ولم ينقصها الوطي وهذا لان الاوصاف لا يقابلها جزء من الثمن لانها تابعة ما لم تكن مقصودة
بالاتلاف ولهذا لو فاتت قبل التسليم الى المشتري بعد العقد لا يسقط شي من الثمن وكذا
منافع البضع لا يقابلها الثمن وعن ابي يوسف في الفصل الاول وهو ما اذا اعورت الجارية
انه لا يبيع مرابحة من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي رحمه الله وزفر والاحتباس
بفعله محل الاتفاق كما ذكره بقوله واما اذا فقي عينها بنفسه او فقاها اجنبي بامر المشتري او بغير
امره فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى يبين والتقييد بفقء المشتري والاجنبي احتراز عما لو فقات
عينها بنفسها فانه كما بالافة السماوية لانه هدر فلا يكون المشتري حابسا شيا واخذ الارش ليس
بقيد بل اذا عورها الاجنبي لا يرابح الا ببيان لتحقق وجوب الضمان والفرق لنا انه صار مقصودا
بالاتلاف فخرج عن التبعية بالقصدية فوجب اعتباره فيقابل بعض الثمن وكذا اذا وطيها
وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها ومن هذا لو اشترى ثوبا فاصابه
قرض فار او حرق نار او وطيا ما فتغير يبيعه مرابحة من غير بيان وقرض بالقاف وذكر ابو اليسر
بالفا ولو تكسر الثوب بنشره وطيه لزمه البيان لانه بفعله قال الفقيه ابو الليث وقول زفر اجود
وبه ناخذ واختياره هذا احسن لان مبنى المرابحة على عدم الخيانة وعدم ذكره انها انتقصت يوهم
المشتري ان الثمن المذكور كان لها ناقصة والغالب انه لو علم ان ذلك ثمنها صحيحة لم ياخذها
معيبة الا بحطيطة وقد ذكر اول الباب ان سبب شرعية المرابحة اعتماد الغبي ان الثمن قيمتها
حيث اشترى من له خبرة به فيطيب قلبه لشرائها به مع زيادة ربح لظنه انه قيمتها وهذا
يبين انه لا يروم شراها الا بقيمتها كي لا يغبن وانه لو علمه لم يرض فكان سكوته تغريرا له
وقريب من هذا ما روى هشام عن محمد ان ذلك اذا انقصه العيب شيا يسيرا فان نقصه قدرا
لا يتغابن فيه لا يبيعه مرابحة يعني بلا بيان لكن قولهم هو كما لو تغير السعر بامر الله تعالى فانه
لا يجب عليه ان يبين انه اشتراه في حال غلايه وكذا لو اصفر الثوب لطول مكثه او توسخ الزام
قوي واستشكل على قوله الغائب وصف لا يقابله شي من الثمن المشترى باجل فان الاجل وصف
ومع ذلك لا يجوز بيعه مرابحة بلا بيان **اجيب** بان الاجل يعطى لاجله جزء من الثمن عادة فيكون

كالحر فيلزم البيان وعلى قوله منافع البضع لا يقابلها شيء من الثمن فاذا اشترى جارية فوطئها ثم وجد
بها عيبا لم يتمكن من ردها وان كانت ثيبا وقت الشرى وذلك لاعتبار المشتري بالوطء حابسا جزءا
من المبيع عنده. واجيب بان عدم الرد في هذا ليس لما ذكرت بل لانه لو ردها فاما مع العقر
احترازا عن الوطء مجانا او من غير عقر لا وجه الى الاول لعود الجارية مع زيادة والزيادة تمنع الفسخ
لانه لا يرد على الزيادة ولا الى الثاني لانها تعود الى قديم ملكه ويسلم للمشتري الوطء بلا عوض
باعتبار البيع وذلك لا يجوز بخلاف الواهب اذا رجع بعد وطء الموهوب له حيث يصح ولا يلزم
الموهوب له شيء لانها تسلم كلها للموهوب له بلا عوض فيجوز ان يسلم له الوطء بلا عوض ولا يجوز في صورة
البيع ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري وللبائع زيادة متولدة من العين او شيء وجب باتلاف العين كالولد
والارش والعقر وكذا الوطء **فروع** لو اصاب من غلة الدار او الدابة شيئا رابح بلا بيان لان الغلة
ليست متولدة من العين انما هو استيفاء منفعة واستيفاء المنفعة لا يمنع بيع المرابحة بخلاف ما لو
اصاب من لبن الغنم وصوفها فانه اذا رابح يسقط من راس المال قدر ما اصاب به من ذلك ويقول قام علي بكذا
ونقل عنه انه اذا انفق في طعام الرقيق والدواب انه يضمه في غير السرف ولو ولدت الجارية او الغنم او اثمر
النخل يبيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس شيئا من المعقود عليه ولان نقصان الولادة بغير
فعل ثم الزيادة تجبره ولو استهلك المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب منها
لانها متولدة من العين والمتولد كجزء المبيع وكذا اذا استهلك الالبان والسمن فانه لا يرابح الا بيانا
وفي المبسوط اشترى نصف عبد بمائة واشترى اخر نصفه بمائتين ثم باعاه مرابحة او تولية او وضيعة
فالثمن بينهما اثلاثا ولو باعاه مساومة يكون بينهما نصفين لان المسمى فيه بمقابلة الملك وفي هذا استوى
فيه المشتري والموهوب وبيعهما في العبد سواء بخلاف تلك العقود فان الثمن فيها مبني على الاول
ولو حط البائع الاول من الثمن بعد ما باعه المشتري مرابحة فانه يحط ذلك من المشتري الاخر مع حصته
من الربح ولو كان تولاه حط ذلك عندنا وعند زفر والشافعي لا يحط عن الثاني لهذا السبب شيء واصله
ان الحط يلتحق باصل العقد عندنا وعنده لا بل هو هبة مبتداة لا تتم الا بالتسليم وكذا الزيادة عندنا
حتى يصير كان العقد عقد بما بقي فيثبت ذلك في حق الشفيع والموكل وهذا بخلاف ما لو حط الكل
في المرابحة والتولية فان له ان يربح على كل الثمن ويوليه **قوله** ومن اشترى غلاما او غيره بالف نسيئة
فباعه بربح مائة ولم يبين انه اشتراه نسيئة بالالف فعلم المشتري بذلك فله الخيار ان شاء رده
وان شاء قبل بالالف والمائة حالة وانما ثبت له الخيار لان للاجل شبها بالمبيع الا يرى انه يزاد
في الثمن لاجله والشبهة ملحقة بالحقيقة فكان كانه اشترى شيئين بالالف وباع احدهما بهما على وجه
المرابحة وهذا خيانة فيما اذا كان مبيعا حقيقة فاذا كان احد الشيئين يشبه المبيع يكون هذا شبهة
الخيانة وشبهة الخيانة ملحقة بالحقيقة في المرابحة فاذا ظهرت تخير على ما عرف من مذهب ابي حنيفة
ومحمد ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يحط من الثمن ما يعرف ان مثله في هذا يزاد لاجل الاجل هذا
اذا علم الخيانة قبل هلاك المبيع فلو علم بعد ما هلك او استهلكه لزمه بالف ومائة حالة لان الاجل
لا يقابله شيء حقيقة والذي كان ثابتا له مجرد راي وقد تعذر بعد هلاكه وهكذا لو كان ولاه اياه
ولم يبين انه اشتراه الى اجل فعلم المشتري قبل الهلاك يعني يثبت له خيار الرد وقوله بالالف حالة

ولو فرع

ولو فرع على قول ابي يوسف ينبغي ان يفعل ما ذكرنا وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالحالة لما ذكرنا
من ان الاجل لا يقابله شيء من الثمن حقيقة وعن ابي يوسف انه بعد الهلاك يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير قوله فيما اذا استوفى صاحب الدين من مديونه مكان الدين الجياد زيوفا وهو لا يعلم
بزيافتها حتى انفقها فانه عند ابي يوسف يرد مثلها من الزيوف ويسترد الجياد وستاتيك ان شاء
الله تعالى في مسائل متفرقة وقيل يقوم بثمن حال وبمؤجل فيرجع بفضل ما بينهما على البائع قال الفقيه ابو جعفر
الهندواني ولو لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه معتاد التنجيم قيل لا بد من بيانه لان المعروف
كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن لما كان حالا في العقد اما لو فرضنا انه باعه بلا شرط اجل
ثم لم ينقده الى شهر مطلا فلا شك انه يبيعه مرابحة بالالف **قوله** ومن ولى رجلا شيئا بما قام
عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن فان اعلمه البائع يعني في المجلس بما قام
عليه فهو بالخيار ان شاء رد البيع وان شاء قبل لان الفساد وان كان في صلب العقد لكنه لم يتقرر
انما يتقرر بمضي المجلس وهذا يبين ان هذا العقد ونحوه من البيع برقمه قبل معرفة الرقم ينعقد فاسدا
له عرضية الصحة وهو الصحيح خلافا لما روي عن محمد انه صحيح له عرضية الفساد ولما كان المجلس جامعا
للمتفرقات يعتبر الواقع في اطرافه كالواقع معا كان تاخير البيان اي بيان قدر الثمن كتاخير القبول
الى اخر المجلس فانه يجوز ويتصل بالايجاب السابق اول المجلس كذا هذا يكون سكوته عن تعيين الثمن في
تحقق الفساد موقوفا الى اخره فان تبين فيه اتصل بالايجاب الذي سكت فيه عنه وان انقضى قبله
تقرر الفساد فلا ينقلب بعده صحيحا وانما تخير بعد العلم في المجلس لان الرضى لم يتم قبله فلم يتم البيع
كما في خيار الرؤية لم يتم الرضى قبل الرؤية فعند وجودها تخير **فروع** اشترى ثوبا ليس له ان
يرابح على ذراع منه لان الثمن لا ينقسم على ذرعانه ولو رابح على ما له نسبة معلومة منه كنصفه وثلثه
بثمنه جاز ولو اشترى نصف عبد بمائة ثم اشترى النصف الاخر بمائتين فله ان يبيع اي النصفين
شاء مرابحة على ما اشتراه به وان شاء باع كله مرابحة على ثلثمائة ويقول قام علي بكذا ولو وهب له
البائع الثمن كله فله ان يرابح على الثمن كله ولو وهب له او حط عنه بعضه ليس له ان يرابح الا على
ما بقي ولو باعه بالثمن عرضا او اعطى به رهنا فهلك كان له ان يرابح على الثمن لانه صار قابضا له
بهذا الطريق ولو اشترى بعشرة جياد ونقده زيوفا فتجوز بها البائع فله ان يرابح على عشرة جياد
ولو وهب ما اشتراه بعشرة ثم رجع فيه له ان يبيعه مرابحة على العشرة وكذا ان باعه ثم رد عليه
بعيب او فساد بيع او خيار او اقالة له ان يرابح على الثمن الذي كان اشترى به ولو اشترى ثوبا فباع
ثم رجع اليه بميراث او هبة لم يكن له ان يبيعه مرابحة لانه ما عاد الى الملك المستفاد بالشرى الاول
ولو وجد بالمبيع عيبا فرضي به له ان يبيعه مرابحة على الثمن الذي اشتراه به لان الثابت له خيار فاسقطه
لا يمنع من البيع مرابحة كما لو كان فيه خيار الشرط او رؤية وكذا لو اشتراه مرابحة فاطلع على خيانة
فرضي به كان له ان يبيعه مرابحة على ما اخذه به لما ذكرنا ان الثابت له مجرد خيار ولو اشترى شيئا بغبن
فاحش او بدين له على انسان وهو لا يشتري بذلك القدر بالغبن فليس له ان يبيعه مرابحة من غير بيان
ولو اشترى بالدين بما يباع بمثله جاز ان يرابح عليه سواء اخذه بلفظ الشرى او بلفظ الصلح في رواية
وفي ظاهر الرواية يفرق بين الصلح والشرى لما تقدم لكن الوجه انه اذا علم انه ثمنه وجب ان يرابح عليه

لان منع المرابحة ما كان الا للتهمة الحطيطة فاذا تيقن انتفاها ارتفع المانع بينه وبين الله تعالى
ولو اشترى رزمة ثياب فاقتسماها ليس لاحدهما ان يبيع ما خصه مرابحة بخلاف ما لو اشتريا مكيلا
جنسا واحدا فاقتسما حيث يجوز ذلك ولو اشترى الرزمة واحد نقومها ثوبا ثوبا ليس له ان يبيع
ثوبا منها مرابحة على ما قوم الا ما قدمنا من انه يقول قيمته هذا كذا او يقوم هذا بكذا فانا
ابيعك هو مرابحة على هذه القيمة كما مر في الرقم بازيد من ثمنه اما لو اسلم في ثوبين ووصفهما
بصفة واحدة ليس له ان يبيع احدهما مرابحة على نصف راس مال السلم عند ابي حنيفة وعندهما يجوز
ولو باع نصف ما اشتراه مرابحة على نصف ثمنه ان كان ثوبا واحدا ليس له ذلك وان كان مثليا وهو
جنس واحد كطعام اكل نصفه كان له ذلك لانقسام الثمن عليه بالاجزاء بخلاف الاول لان انقسامه
عليه عن القيمة باعتبار الاوصاف اعني الدرعان ولا ينقسم الثمن باعتبارها وعلى هذا ينبغي ان يرابح
في نصف العبد على نصف الثمن ولو اشترى ثيابا صفقة واحدة كل ثوب بكذا فله ان يبيع كل واحد
مرابحة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يرابح حتى يبين انه اشتراه مع غيره ولو باعه بوضيعة
ده يازده فطريقه ان يجعل لكل درهم من راس المال احد عشر جزءا فاذا كان الثمن عشرة فتكون الجملة مائة
وعشرة فيسقط عشرة فيصير جملة الثمن تسعة وجزءا من احد عشر جزءا من درهم **فصل قوله**
ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه انما اقتصر على البيع ولم يقل ان يتصرف فيه
لتكون اتفاقية فان محمدا اجاز الهبة والصدقة به قبل القبض وقال مالك يجوز جميع التصرفات من
بيع وغيره قبل القبض الا في الطعام لانه صلى الله عليه وسلم خص الطعام بالنهي في حديث رواه مالك
عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من ابتاع طعاما فلا يبيعه حتى يستوفيه اخرجه
الشيخان وفي لفظ حتى يقبضه قلنا قد رواه ابن عباس ايضا وقال واحسب كل شيء مثل الطعام
اخرجه عن اصحاب الكتب الستة وعضد قوله ما روى ابو داود عن ابن اسحق الى ابن عمر قال ابتعت
زيدا في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فاعطاني فيه ربحا حسنا فاردت ان اضرب على يده فاخذ
رجل من خلفي بذراعي فالتفت فاذا زيد بن ثابت فقال لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه الى رحلك
فان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى ان تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالهم ورواه
ابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وصححه وقال في التنقيح سنده جيد وقال ابن اسحق صرح
فيه بالتحديث واخرج النسائي ايضا في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن
عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام قال قلت يا رسول الله اني رجل ابتاع هذه البيوع وابيعها فما
يحل لي منها وما يحرم قال لا تبيعن شيئا حتى تقبضه ورواه احمد في مسنده وابن حبان وقال
هذا الحديث مشهور عن يوسف بن ماهك عن حكيم بن حزام ليس بينهما ابن عصمة والحاصل ان المحدثين
من يدخل ابن عصمة بين ابن ماهك وحكيم ومنهم من لا وابن عصمة ضعيف جدا في قول بعضهم قال
صاحب التنقيح قال ابن حزم عبد الله بن عصمة مجهول وصحح الحديث من رواية يوسف بن ماهك نفسه
عن حكيم لانه صرح في رواية قاسم بن اصبغ بسماعه منه والصحيح ان عبد الله بن عصمة الجشمي حجازي
ذكره ابن حبان في الثقات وقال عبد الحق انه ضعيف وتبعه ابن القطان وكلاهما مخطئ وقد اشتبه
عليهما عبد الله بن عصمة هذا بالنصيبي او غيره ممن يسمى عبد الله بن عصمة انتهى كلامه فالحق ان الحديث

حجة والذي قبله كذلك والحاجة بعد ذلك الى دليل التخصيص بغير العقار لابي حنيفة بذكر هناك
والاحاديث كثيرة في هذا المعنى ثم علل هذا الحديث بان فيه غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار
هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ انه باع مال الغير بغير اذنه وذلك مفسد للعقد وفي الصحاح
انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرر ما طوي عنك علمه والدليل على اعتبار هذا المعنى
انا رأينا التصرف في ابدال العقود التي لا تنفسخ بالهلاك جائزا فلا يضرها غرر الانفساخ كالتصرف
في المهر لها وبدل الخلع للزوج والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد قبل القبض جائز اذا كانت
لا تنفسخ بالهلاك فظهر ان السبب ما قلنا هذا وقد الحقوا بالبيع غيره فلا يجوز اجارته ولا هبته ولا
التصدق به خلافا لمحمد في الهبة والصدقة وكذا اقراضه ورهنه من غير بائعه فلا يجوز شيء من ذلك
واذا اجاز محمد هذه التصرفات في المبيع قبل القبض ففي الاجرة قبل قبضها اذا كانت عينا اولى فالحاصل
ان كل عقد ينفسخ بهلاك العوض قبل القبض لم يجز التصرف في ذلك العوض قبل قبضه كالمبيع في البيع والاجرة
اذا كانت عينا في الاجارة وبدل الصلح عن الدين اذا كان عينا لا يجوز بيع شيء من ذلك به ولا ان يشترك فيه
غيره الى اخر ما ذكرنا وما لا ينفسخ بهلاك العوض فالتصرف فيه قبل القبض جائز كالمهر اذا كان عينا وبدل الخلع
والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد كل ذلك اذا كان عينا يجوز بيعه وهبته واجارته قبل قبضه
وساير التصرفات في قول ابي يوسف ولو اوصى به قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية بالاجماع
لان الوصية اخت الميراث ولو مات قبل القبض ورث عنه فكذا اذا اوصى به ثم قال محمد كل تصرف لا يتم
الا بالقبض كالهبة والصدقة والرهن والقرض فهو جائز كالبيع قبل القبض اذا سلطه على قبضه فقبضه
ووجهه ان تمام هذا العقد لا يكون الا بالقبض والمانع زايل عنده ذلك بخلاف البيع والاجارة
فانه يلزم بنفسه وقاسه لهبة الدين لغير من عليه الدين فانها تجوز اذا سلطه على قبضه اذ لا مانع
فانه يكون نايبا عنه ثم يصير قابضا لنفسه كما لو قال اطعم عن كفارتي جاز ويكون الفقير نايبا عنه في القبض
قابضا لنفسه بخلاف البيع وابو يوسف يقول البيع اسرع نفاذا من الهبة بدليل ان الشيوع فيما
يحتمل القسمة يمنع تمام الهبة دون البيع ايضا وهذه التصرفات تبتني على الملك وغرر الانفساخ
يمنع تمامه فكان قاصرا في حق اطلاق التصرف واما اعتق عن كفارتي فانه طلب التمليك لا التصرف مبني
على الملك القائم فان قيل لو اعتبر الغرر امتنع بعد القبض ايضا لاحتمال ظهور الاستحقاق فالجواب
انه اضعف لانه انما يتحقق به بعد القبض ما يتحقق به قبله ويزيد باعتبار الهلاك ايضا وكان اكثر مظانا
قبل القبض ولان اعتباره بعده يسد باب البيع ولو باعه المشتري من بائعه قبل قبضه لا يجوز ولو وهبه
يجوز على اعتباره مجازا عن الاقالة فان قيل هذا النهي باعتبار امر مجاور فينبغي ان لا يوجب الفساد كالبيع
وقت النداء اجيب بان الغرر في المبيع لا لمجاور له فانه باعتبار انه مملوك او غير مملوك للمشتري
على تقدير الهلاك واورد على التاثير ان بعد تسليم ان البيع ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض اي اثر
فيه فليكن كذلك وغاية الامر انه ظهر ان البيع الثاني لم يصح فيه اذا دان ومثله واقع في الشفعة والبيع
بعد ظهور الاستحقاق **قوله** ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو
قوله الاخر وقال محمد لا يجوز وهو قول ابي يوسف الاول وقول الشافعي رجوعا الى اطلاق الحديث
يعني عمومه وهو ما في حديث حكيم من قوله صلى الله عليه وسلم لا تبيعن شيئا حتى تقبضه بخلاف ما

تمله من حديث ابن عمر فانه خاص بالمنقول اعني قوله نهى عن بيع السلع حتى يحوزها التجار الى رحالهم وللنهي
عن ربح ما لم يضمن ولو باع العقار ربح فيلزم ربح ما لم يضمن وصار بيع العقار كاجارته قبل قبضه
لا يجوز فكذا بيعه ولان السبب هو البيع انما يتم بالقبض ولهذا جعل الحادث بعد القبض قبل القبض
كالحادث عند العقد والملك انما يتاكد بتاكد السبب وفي هذا العقار والمنقول سواء ولهما اي لابي حنيفة
وابي يوسف ان ركن البيع صدر من اهله في محله والمانع المثير للنهي وهو غرر الانفساخ بالهلاك
منتف فان هلاك العقار نادر والنادر لا عبرة به ولا يبنى الفقه باعتباره فلا يمنع الجواز وهذا
لانه لا يتصور هلاكه الا اذا صار بحرا ونحوه حتى قال بعض المشايخ ان جواب ابي حنيفة في موضع لا يخشى
عليه ان يصير بحرا او يغلب عليه الرمال فاما في موضع لا يؤمن عليه ذلك فلا يجوز كما في المنقول ذكره
المحبوبي وفي الاختيار حتى لو كان على شط البحر او كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض والحديث الذي
استدل به معلول به اي بغرر الانفساخ والدليل عليه ان التصرف الذي لا يمتنع بالغرر نافذ في المبيع
قبل القبض وهو العتق والتزوج عليه وبه ظهر فساد قولهم ان تاكد الملك بتاكد السبب وذلك بالقبض
لان العتق في استدعاء ملك تام فوق البيع ويجوز في المبيع قبل القبض العتق وانما قلنا التزوج لا يبطل
بالغرر لانه لو هلك المهر العين لزم الزوج قيمته ولم ينفسخ النكاح واورد انه تعليل في مقابلة النص فانه
يخصص عمومه فيؤدي الى تقديم القياس والمعنى على النص وهو ممنوع الجواب انه خص منه اشياء منها
جواز التصرف في الثمن قبل قبضه وكذا المهر يجوز لها بيعه وهبته وكذا الزوج في بدل الخلع وكذا
الدين في الدين اذا ملكه غيره وسلطه على قبضه جاز وكذا اخذ الشفيع قبل قبض المشتري ولا شك ان
تملكه حينئذ شراء قبل القبض فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل التمليك ببدل لم يثبت للشفيع حق
الاخذ قبل القبض وهذا تخرج الى الاستدلال بدلالة الاجماع على جواز بيع العقار قبل القبض واما
الالحاق بالاجارة فمنع الاجارة قبل القبض ممنوع فانه قيل انه على هذا الخلاف والصحيح كما قال في الفوائد
الظهيرية ان الاجارة قبل القبض لا تجوز بالاخلاف لان المنافع بمنزلة المنقول والاجارة تمليك المنافع
فيمتنع جوازها قبل القبض وفي الكافي وعليه الفتوى واذا عرف من الجواب ان التصرف في الثمن قبل
القبض يجوز وفي المبيع لا يجوز كان تتميمه بان يذكر هنا ما يميز المبيع عن الثمن وان كان قد سلف فالدراهم
والدنانير اثمان ابدا وذوات القيم مبيعة ابدا والمثليات من المكيلات والموزونات والمعدودات
المتقاربة اذا قوبلت بالنقد مبيعة او بالاعيان وهي معينة ثمن او غير معينة فمبيعة كمن قال اشتريت كرا
من الحنطة بهذا العبد فلا يصح الا بشرائط السلم وقيل المثليات اذا لم تكن معينة وقوبلت بغيرها ثمن
مطلقا ولو دخل عليها الباء اذا عرف هذا فالاثمان يجوز التصرف فيها قبل القبض استبدالا في غير الصرف
والسلم واختلف في القرض والاصح جوازه والمبيعات تقدم حكمها عند ذكرنا الالحاق ولو باع عبدا
وسلمه ثم اقال فبيعه من المشتري قبل القبض يجوز ومن الاجنبي لا يجوز وللشافعي قولان والاصل
ان البيع متى انفسخ بسبب هو فسخ من كل وجه في حق كافة الناس فبيعه قبل القبض جائز من كل احد وما
هو فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث يجوز من المشتري لا الاجنبي قوله ومن اشترى مكيلا مكايلة
او موزونا موازنة اي اشتراه على كذا كيلا او رطلا فاكتاله او اتزنه لنفسه ثم باعه مكايلة في المكيل
او موازنة في الموزون لم يجز للمشتري منه ان يبيعه حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي صلى الله عليه وسلم

نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري روي من حديث جابر هكذا
لكن بلفظ الصاعان معرفا اسنده عنه ابن ماجه واسحق وابن ابي شيبة واعل بمحمد بن عبد الرحمن بن
ابي ليلى وبلفظه من حديث ابي هريرة وزاد فيه فيكون لصاحبه الزيادة وعليه النقصان رواه
البزار ثنا محمد بن عبد الرحمن ثنا مسلم الجرمي ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين
عن ابي هريرة وقال لا نعلمه يروى عن ابي هريرة الا من هذا الوجه وله طريقان آخران عن انس وابن عباس
ضعيفان وقال عبد الرزاق انا معمر عن يحيى بن ابي كثير ان عثمان بن عفان وحكيم بن حزام كانا يبتاعان
التمر ويجعلانه في غرائر ثم يبيعانه بذلك الكيل فنهاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يبيعاه حتى
يكيلا لمن ابتاعه منهما فهذا الحديث حجة لكثرة تعدد طرقه وقبول الايمة اياه فانه قد قال بقولنا
هذا مالك والشافعي واحمد رضي الله عنهم وحين علله الفقها بجعله من تمام القبض اذ بالكيل يتميز حقه
عن حق البايع اذ عسى ان يكون انقص او ازيد فيضيع ماله عند البايع او مال البايع عنده فالحقوا بمنع
البيع منع الاكل قبل الكيل والوزن وكل تصرف يبنى على الملك كالهبة والوصية وما اشبههما والحقوا
بالمكيل الموزون وينبغي الحاق المعدود الذي لا يتفاوت كالجوز والبيض اذا اشتري معاددة
وبه قال ابو حنيفة في اظهر الروايتين عنه فافسد البيع قبل العد عنهما من جواز البيع الثاني قبل العد
ولما كان في المذروعات الزيادة عند الحنفية للمشتري لم يلحقوها فلو اشترى ثوبا على انه
عشرة اذرع جاز ان يبيعه قبل الذرع لانه لو زاد كان للمشتري ولو نقص كان له الخيار فاذا باعه
بلا ذرع كان مسقطا خياره على تقدير النقص وله ذلك ولما كان النهي عن بيع الطعام اقتصر على
ما اذا كان المكيل والموزون مبيعا فلو كان ثمنا بان اشترى بهذا البر على انه كر فقبضه جاز تصرفه
فيه قبل الكيل والوزن لان التصرف في الثمن قبل قبضه جايز فاولى ان يجوز التصرف فيه قبل ما هو
من تمام قبضه ثم لا يخفى ان ظاهر النص منع بيع الطعام الا مكايلة ويقتضي منع بيعه مجازفة
ولا نعلم خلافا في ان ظاهره متروك وانه محمول على ما اذا وقع البيع مكايلة اما اذا اشتراه
مجازفة ببيع صبرة فله ان يتصرف فيه قبل الكيل والوزن لان كل المشار اليه له فلا يتصور
اختلاط الملكين وقول المصنف فيه لان الزيادة له قيل معناه الزيادة على ما كان يظنه بان
ابتاع صبرة على ظن انها عشرة فظهرت خمسة عشر وتكلف غيره وكذا ما يفيد ظاهره من التزام
جريان الصاعين محمول على ما اذا اشتراه البايع مكايلة وباعه كذلك اما اذا اشتراه مجازفة
فانما يحتاج اذا باعه مكايلة الى كيل واحد للمشتري وقول الراوي حتى يجري فيه صاعان صاع
البايع معناه صاع البايع لنفسه وهو محمول على ما اذا كان البايع اشتراه مكايلة اما لو كان ملكه
بالارث او الزراعة او شراء مجازفة او استقرض حنطة على انها كر ثم باعها فالحاجة الى صاع واحد
وهو صاع هذا المشتري وان كان الاستقراض تمليكا بعوض كالشراء لكنه شراء صورة عارية حكما
لان ما يرده عين المقبوض حكما ولهذا لم يجب قبض بدله في مال الصرف فكان تمليكا بلا عوض حكما
ولو اشتراها مكايلة ثم باعها مجازفة قبل الكيل وبعد القبض في ظاهر الرواية لا يجوز لاحتمال
اختلاط ملك البايع بملك بايعه وفي نوادر ابن سماعة يجوز واذا عرف ان سبب النهي امر يرجع الى
المبيع كان البيع فاسدا ونص على الفساد في الجامع الصغير ونص على انه لو اكله وقد قبضه بلا كيل

لايقال انه اكله حراما لانه اكل ملكه لنفسه الا انه اثم لتركه ما امر به من الكيل فكان هذا الكلام
اصلا في سائر المبيعات بيعا فاسدا اذا قبضها فملكها ثم اكلها وتقدم انه لايحل اكل ما اشترى
شراء فاسدا وهذا يبين ان ليس كل ما لا يحل اكله اذا اكله ان يقال فيه اكل حراما **قوله**
ولامعتبر بكيل البايع قبل البيع من المشتري الثاني وان كاله لنفسه بحضرة المشتري عن شرائه هو لا
لانه ليس صاع البايع والمشتري وهو الشرط بالنص ولا بكيله بعد البيع الثاني بغيبة المشتري وغيبة
وكيله في القبض لان التسليم الى الغايب لا يتحقق وهذا الكيل المامور به لتسليم المقدار الواجب
وان كاله او وزنه بعد العقد بحضرة المشتري مرة ففيه اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك
حتى يحل للمشتري التصرف قبل كيله ووزنه اذا قبضه وعند البعض لابد من الكيل والوزن مرتين
احتجاجا بظاهر الحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل والوزن صيرورة المبيع معلوما
وقد حصل بذلك الكيل واتصل به القبض ويحمل ظاهر الحديث اذا وجد عقدان بشرط الكيل
بان اشترى المسلم اليه من رجل كرا لاجل رب السلم وامر رب السلم بقبضه اقتضاء عن سلمه فان
ذلك يشترط صاعان صاع للمسلم اليه وصاع لرب السلم فيكيله للمسلم اليه ثم يكيله لنفسه بخلاف
كيله بغيبته لانتفاء التسليم من الغايب فيثبت احتمال الاختلاط فلا يجوز ويصح بنفيه ما
في الجامع في بيع قفيز من صبرة اذا كال البايع قفيزا بغير حضرة المشتري فهلك ان البيع قايم
في قفيز مما بقي ولا يقع به الافراز ومن هنا ينشا فرع وهو ما لو كيل طعام بحضرة رجل ثم اشتراه
في المجلس ثم باعه مكايلة قبل ان يكاله بعد شرايه لا يجوز هذا البيع سوا اكاله للمشتري منه اولا
لانه لما لم يكله بعد شرايه هو لم يكن قابضا فبيعه بيع ما لم يقبض فلا يجوز **قوله** والتصرف في
الثمن قبل القبض جايز بالبيع والهبة والاجارة والوصية سواء كان مما يتعين او لا يتعين عندنا
سوى بدل الصرف والسلم لان الملك مطلق وكان القياس ذلك ايضا في المبيع الا انه منع بالنص
لغرر الانفساخ وليس في الثمن ذلك فانه اذا اهلك الثمن المعين لاينفسخ البيع ويلزمه قيمته وساير
الديون كالثمن لعدم الغرر بعدم الانفساخ بالهلاك كالمهر والاجرة وضمان المتلفات وغيرها واستثنا
السلم لان المقبوض حكم عين المبيع والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز وكذا في الصرف [illegible]
وهو ما في السنن الاربعة عن سماك عن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال كنت ابيع الابل بالبقيع فابيع بالدنانير
واخذ الدراهم وابيع بالدراهم واخذ الدنانير فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم وهو يريد ان يدخل
حجرته فاخذت بثوبه فسالته فقال اذا اخذت واحدا منهما بالاخر فلا يفارقك وبينك وبينه بيع
فان هذا بيع الثمن الذي في الذمة قبل قبضه بالنقد المخالف له وقد صححه الحاكم والدارقطني
وقول الترمذي لانعرفه مرفوعا الا من حديث سماك لايضره وان كان شعبة قال حدثني قتادة عن
سعيد بن المسيب عن ابن عمر لم يرفعه وحدثني داود بن ابي هند عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه
وحدثني فلان اراه ايوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر لم يرفعه ورفعه سماك وانا اهابه لان الحكم
في تعارض الرفع والوقف تقديم الرفع لانه زيادة والزيادة من الثقة مقبولة ولان الظاهر من حال
ابن عمر وشدة اتباعه للاثر انه لم يكن يقتضي احد النقدين عن الاخر مستمرا من غير ان يكون عرفه عنه
صلى الله عليه وسلم الا يفارقه وبينهما بيع معناه دين من ذلك البيع لانه صرف ممنوع النسية فيه

واما الميراث فالتصرف فيه جايز قبل القبض لان الوارث خلف المورث في الملك وكان للميت التصرف
فكذا للوارث وكذا الموصى له لان الوصية اخت الميراث **قوله** ويجوز للمشتري ان يزيد البايع في
الثمن ويجوز للبايع ان يزيد في المبيع ويجوز ان يحط من الثمن وسنذكر شرط كل منها ويتعلق الاستحقاق
بجميع ذلك من المزيد عليه والزيادة حتى كان للبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الزيادة اذا كان الثمن حالا
وليس للمشتري ان يمنع الزيادة ولا مطالبة البايع بتسليم المبيع قبل اعطائها ولو سلمها ثم استحق المبيع رجع
بها مع اصل الثمن وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البايع بتسليم المبيع اذا سلم الباقي بعد الحط وعند
زفر والشافعي رحمهما الله لا يصحان اي الزيادة والحط على اعتبار الالتحاق باصل العقد بل الزيادة
بر مبتدا من البايع والمشتري والحط ابراء من بعض الثمن يحتاج الى رده يريد وجه قولهما ان المبيع دخل
في ملك المشتري بالعقد الاول فلو التحق بالعقد صار ملكه وهو ما زاده لا عن ملكه وهو المبيع
وكذا الثمن دخل في ملك البايع فلو جاز الزيادة في المبيع كان المزيد عوضا عن ملكه اعني الثمن قلنا انما
يلزم ما ذكرتم لو التحقا بالعقد مع عدم تغييره لكنا انما قلنا انهما بالزيادة والحط غيرا العقد عن وجهه
الاول وهو كونه بدلا بالمقدار الى كونه بهذا المقدار وراينا الشرع اثبت لهما ولاية تحويل
العقد من صفة الى صفة ومن وجوده بعد تحققه في الوجود الى اعدامه بلا سبب سوى اختيارهما
اما الاول فتحويله من عدم اللزوم الى اللزوم باسقاط الخيار وعكسه بالحاق الخيار وكذا من كونه
حالا الى مؤجل بالحاق الاجل كما سنذكر في تاجيل الثمن الحال عندنا واما الثاني فبالاقالة وهي
تعيده الى قديم الملك فاولى ان يثبت لهما تغييره من وصف كونه رابحا الى خاسر او خاسرا الى رابح
او الى كونه عدلا وثبت صحة الحط شرعا في المهر بقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد
الفريضة فبين انهما اذا تراضيا بعد تقدير المهر على حط بعضه او زيادة جاز واذا ثبت تصحيح ذلك
لزم الالتحاق باصل العقد ضرورة اذ تغييره يوجب كونه عقدا بهذا القدر فبالضرورة يلتحق ذلك
به اذا وصف الشيء يقوم به بخلاف ما لو حط لانه تبديل لاصله اذ يصير البدل الاخر هبة فيخرج عن
كونه عقد معاوضة الى عقد التبرع فلا يملكونه واذا ثبت الالحاق انتفى قولهما الزيادة عوض عن
ملكه الى اخر ما ذكرا ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة فيجوز المرابحة على الكل من الاصل والزيادة
ويجب ان يرابح على المبيع الاول وما زاده البايع مبيعا لا الاول فقط وكذا التولية وباشر العقد
في المرابحة والتولية على الباقي بعد الحط وكذا في الشفعة حتى ياخذها الشفيع بالباقي فقط فان قيل
لو التحقا لزم ان ياخذها الشفيع في صورة الزيادة بالمجموع من الاصل والزايد وهو منتف بل ياخذ
الا بدون الزيادة او يقال فلم فرقتم بين الحط والزيادة بالنسبة الى الشفيع اجاب بقوله وانما
كان للشفيع ان ياخذها في صورة الزيادة بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت قبلها
فان بمجرد العقد الاول تعلق حقه باخذها بما وقع عليه التراضي الاول وعقد به والزيادة
بعد ذلك في الثمن تصرف حادث منهما يبطل حقه فلا ينفذ تصرفهما ذلك عليه ثم شرع يذكر شرط
الزيادة والحط فقال ثم الزيادة الى اخره يعني ان شرطها قيام المبيع في ظاهر الرواية فلو هلك حقيقة
بان مات العبد او الدابة او حكما بان اعتقه او دبره او كاتبه او استولدها او باع او وهب وسلم
او اجر او رهن ثم باعه من المستاجر والمرتهن او طحن الحنطة او طبخ اللحم او نسج الغزل او خمر العصير او اسلم مشتريه

الحر ذمبا لا تصح الزيادة لفوات محل العقد اذ العقد لم يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير الغاصب
احق بهما اذا فعل في المغصوب ذلك وكذا الزيادة في المهر شرطه بقا الزوجة فلو زاد بعد موتها لا
تصح بخلاف ما لو ذبح الشاة المبيعة ثم زاد حيث تثبت الزيادة وكذا اذا آجر او رهن او خاط الثوب
او اتخذ الحديد سيفا او قطع يد المبيع فاخذ المشتري ارشه ثبتت الزيادة في كل هذه وانما لم يثبت
فيما ذكرنا من صور الهلاك لانه لم يبق على حاله يصح الاعتياض عنه والالتحاق وان كان يقع مستندا
فالمستند لا بد ان يثبت اولا في الحال ثم يستند وثبوته متعذر لانتفاء المحل فتعذر استناده فلا
يثبت كالبيع الموقوف لا ينبرم بالاجازة اذا كان المبيع هالكا منهيا وقوله على ظاهر الرواية احترازا عما
روى الحسن في غير رواية الاصول عن ابي حنيفة ان الزيادة تصح بعد هلاك المبيع كما يصح الحط بعد
هلاكه وفي المبسوط وكذا اذا كانت الزيادة من الاجنبي وضمنها لانه التزمها عوضا وهذا
الالتزام صحيح منه وان لم يملك بمقابلته هذا في زيادة الثمن واما الزيادة في المبيع ففي جمع التفاريق
ان الزيادة في المبيع بعد هلاك المبيع وهكذا ذكر في المنتقى ويكون لها حصة من الثمن حتى لو هلكت
قبل القبض سقطت حصتها من الثمن بخلاف الحط فانه يصح بعد هلاك المبيع لان المبيع بعد الهلاك
بحيث يمكن حط البدل اي الثمن عما يقابله وحاصله اخراج القدر المحطوط عن ان يكون ثمنا فانما
يشترط فيه قيام الثمن دون المبيع والثمن باق فيثبت الحط ملتحقا باصل العقد الا ترى انه يصح الحط
بسبب العيب بعد الهلاك فانه يرجع بالنقصان وبه يكون الثمن ما سوى ما رجع به فاسقاط عوض العقد
يصح والاعتياض عنه لا يصح **قوله** ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار مؤجلا وهو قولنا
خلافا للشافعي وكذا قوله في كل دين حال لا يصير مؤجلا بالتاجيل وهو قول زفر لانه بعد ان كان حالا
ليس الا وعدا بالتاخير قلنا الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه وهذا لا يستلزم الدعوى
وهو لزوم الاجل بالتاجيل فانه يقول لا شك ان له ان يؤخر انما الكلام في انه يلزم التاخير شرعا اذا
اخر وقوله الا ترى الى اخره تستدل به مستقلا في المطلوب وهو ان الشرع اثبت عند اسقاطه
السقوط والتاجيل التزام الاسقاط الى وقت معين فيثبت شرعا السقوط الى ذلك الوقت فاثبت
شرعا سقوطه مطلقا باسقاطه مطلقا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة متفاحشة كهبوب
الريح ومجي المطر لا يجوز ولا يجوز التاجيل به ابتدا وان كانت يسيرة كالحصاد والدياس يجوز ويلزم
كما اذا كفل اليها وقد ذكرناه من قبل يعني في اخر باب البيع الفاسد لان الاجل المجهول لم يشترط في
عقد البيع ليفسد به كل دين دكل دين اذا اجله صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تاجيله
لا يصح ولو شرط الاجل في ابتدا القرض صح القرض وبطل الاجل وعند مالك يصح ايضا لان القرض صار في
ذمته كساير الديون ولو مات المقرض فاجل وارثه صرح قاضي خان بانه لا يصح كما لو اجل القرض
وقول صاحب المبسوط ينبغي ان يصح على قول البعض لا يعارضه ولا يفيد ما يعتمد عليه ولا فرق بين ان
يؤجل بعد استهلاك القرض او قبله هو الصحيح وليس من تاجيل القرض تاجيل بدل الدراهم او الدنانير
المستهلكة اذ باستهلاكها لا تصير قرضا والحيلة في لزوم تاجيل القرض ان يحيل المستقرض المقرض
على آخر بدينه فيؤجل المقرض ذلك الرجل المحال عليه فيلزم حينئذ وجه المسئلة ان القرض صلة واعارة
في الابتدا حتى صح القرض بلفظ اعرتك هذه الالف بدل اقرضتك في نحوه ولهذا لا يملكه من لا يملك

الصلاة والتبرعات كالوصي والصبي والعبد والمكاتب ومعاوضة في الانتهاء لانه اعطاه ليأخذ
بدله ولهذا يلزم رد مثله بعد ذلك واخذ مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التاجيل كما لا يلزم في
الاعارة فانه لو اعاره المتاع الى شهر له ان يسترده في الحال اذ لا تاجيل في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء
لا يصح ايضا لانه تصير هذه المعاوضة بيع دراهم بمثلها نسيئة وهو ربا ولانه لو لزم كان التبرع
ملزوما على المتبرع ملزما على المتبرع شيئا كالكف عن المطالبة فيما نحن فيه وهو ينافي موضوع التبرعات
قال تعالى ما على المحسنين من سبيل نفى السبيل عنهم على وجه نصوصية الاستغراق فلو لزم تحقق سبيل
عليه ثم المثل المردود حكم العين كانه رد العين ولولا هذا الاعتبار كان تمليك دراهم بلا قبض في المجلس
فلزم اعتبارها شرعا كالعين واذا جعلت كالعين فالتاجيل في الاعيان لا يصح بخلاف ما اذا اوصى ان
يقرض من ماله الف لفلان الى سنة حيث يلزم ذلك من ثلثه لانه وصية بالتبرع فيلزم كما تلزم الوصية
بخدمة عبده وسكنى داره سنة مع انه لو اعاره عبده وداره سنة كان له ان يسترده في الحال
وهذا لان باب الوصية اوسع من ساير التصرفات الا ترى انه لو اوصى بثمرة بستانه جاز وان كانت
الثمرة معدومة في الحال رعاية لحق الموصي ونظرا له فضلا من الله ورحمة والمرحمة عليه اجازها
الشرع وكان القياس ان لا تصح لانها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الربا

وهو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا الربا بسبب زيادة فيه ثمنا سببه
بالمرابحة ان في كل منهما زيادة الا ان تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشيا فقدم
ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه والربا بكسر الراء وفتحها خطا **قوله** الربو في كل مكيل
او موزون بيع بجنسه وفي عدة من النسخ الربو حرم في كل مكيل الى اخره وفي كثير منها زيادة متفاضلا
الربو يقال لنفس الزايد ومنه ظاهر قوله تعالى لا تاكلوا الربو اي الزايد في القرض والسلف على المدفوع
والزايد في بيع الاموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه وسنذكر تفصيلها ويقال لنفس الزيادة اعني
بالمعنى المصدري ومنه واحل الله البيع وحرم الربوا اي حرم ان يزاد في القرض والسلف على القدر
المدفوع وان يزاد في بيع تلك الاموال بجنسها قدرا ليس مثله في الآخر لانه حينئذ فعل والحكم يتعلق
به ولا شك ان في قوله الربا في كل مكيل الاول بغير لفظ محرم لا يراد كل منهما لانه كذب على اسقاط
لفظ متفاضلا او لا فايدة فيه بتقدير اثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة اما استعمالا الربو
في الحرمة فيكون لفظ الربو مجازا او على حذفه وارادته فيكون من مجاز الحذف والربو مراد به الزيادة
مبتدا والمجرور خبره اي حرمة الزيادة ثابت في كل مكيل ثم قوله فالعلة الكيل مع الجنس او الوزن مع
الجنس مرتبا بالفاء لما عرف ان الحكم المرتب على مشتق يوجب كونه مبدا الاشتقاق ولما رتب الحكم
على المكيل والموزون مع الجنس تفرع عليه ان العلة الكيل مع الجنس وقد يقال ان الكيل والوزن العدد
وهو اشمل واخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الزرع والعد والبيان اموال الربوا اي علة تحريم الربا
كونه مكيلا مع اتحاد البدلين في الجنس فهي علة مركبة والاصل فيه الحديث المشهور اخرج الستة
الا البخاري عن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد

فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد واخرج مسلم من حديث ابي سعيد
الخدري قال قال عليه الصلوة والسلام مثله سوا وزاد بعد قوله يدا بيد فمن زاد او استزاد فقد
اربى واخرج مسلم ايضا عن ابي سعيد مثله وزاد بعد قوله فقد اربى الا ما اختلفت الوانه
وليس فيه ذكر الذهب والفضة والتقدير في هذه الروايات كلها بيعوا مثلا بمثل واما رواية
مثل بالرفع ففي رواية محمد بن الحسن ثنا ابو حنيفة عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة
مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا وهكذا قال الى اخر الستة وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف باسناده
الى عبادة بن الصامت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد
هكذا الى اخر الاشيا الستة وذكر التمر بعد الملح اخرا وفي رواية ابي داود عن عبادة بن الصامت
الذهب بالذهب تبره وعينه والفضة بالفضة تبرها وعينها الى ان قال ولا باس ببيع الذهب بالفضة
والفضة اكثرهما يدا بيد واما نسيئة فلا ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما يدا بيد واما
نسيئة فلا انتهى ومعلوم ان الجواز في بيع الذهب بالفضة والبر بالشعير لا يقتصر على زيادة الفضة
والشعير بل لو كان الزايد الذهب والبر جاز ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة
والبر على الشعير **قوله** والحكم يعني حرمة الربوا ووجوب التسوية معلول باجماع القايسين
اي القايلين بوجوب القياس عند شرطه خلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربو
مقتصر على الاشيا الستة المنصوصة المتقدم ذكرها اما الظاهر فلانهم ينفون القياس واما
عثمان البتي فلانه يشترط في القياس ان يقوم دليل في كل اصل انه معلول ولم يقم له هنا
ولانه يبطل العدد لا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق ولنا تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله
لا تبيعوا الصاع بالصاعين كما سيأتي عند الشافعي دليل وسنقيم عليه الدليل واما ابطال العدد
فمبني على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القايلين به
والابطال الممنوع هو الابطال بالنقص لا بالزيادة بالعلة فلا وتخصيص هذه الستة بالذكر لان عامة
المعاملات الكاينة يومئذ بين المسلمين كان فيها وممن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة
وهو ايضا ماثور عن قتادة وطاوس قيل والاعرم قوله باجماع القايسين **قوله** لكن العلة عندنا
ما ذكرناه يعني القدر والجنس فعند اجتماعهما يحرم التفاضل والنسا وباحدهما منفردا يحرم
النسا ويحل التفاضل كما سياتي وعند الشافعي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص من الحرمة وهي اعني الحرمة الاصل وعند مالك العلة الاقتيات والادخار
فكلما يقتات او يدخر فهو ربوي وما لا فلا لانه عليه السلام خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى
ظاهرا اريد به فنبه بالبر على مقتات تعم الحاجة اليه وتقوم الابدان به والشعير يشاركه فيه مع كونه
علفا وقوتا لبعض الناس عند الاضطرار فيلحق به الذرة ونحوها ونبه بالتمر على كل حلاوة يدخر غالبا
كالعسل والسكر والزبيب وبالملح على ان ما اصلح المقتات من الماكولات فهو في حكمها فتلحق الابازير
وما في معناها والذهب والفضة معللان بعلة قاصرة عندهم وهي كونهما قيم الاشيا واصول
الاثمان وقال الشافعي في القديم العلة الطعم مع الكيل او الوزن وفي الجديد هي الطعم فقط في الاربعة

والثمنية في النقدين ومنهم من جعلها عينهما والتعدي الى الفلوس الرايجة وجه والصحيح انه لا ربا
فيها لانتفاء الثمنية الغالبة وهو قول احمد في رواية والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل
الجنس بانفراده يحرم شيا وعلى الجديد يحرم الربا في الما وجه قوله صلى الله عليه وسلم الطعام بالطعام
مثلا بمثل رواه مسلم والطعام مشتق من الطعم فكان مبدا الاشتقاق علة وروي لا تبيعوا
الطعام الى اخره فافاد ان الحرمة اصل والمساواة مخلص منها اذ لو اقتصر على لا تبيعوا لحرم بيع احدهما
بالاخر مطلقا فلما لم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لانها هي الاصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين
والتفاحة بالتفاحتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل
بالقدر يقتضي تخصيص هذا النص اذ يجوز الحفنة بالحفنتين وهذا الطريق يفيد انها علة منصوصة
ولو اخذنا في استنباط علته ادانا الى هذه العلة ايضا ووجهه انه نص على شرطي التقابض والتماثل
وهذا الاشتراط يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فوجب تعليله بعلة توجب العزة
والخطر وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثمنية التي بها يتوصل الى تحصيل العروض التي بها
حصول المقاصد الاصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات ولا اثر للجنسية والقدر في
ذلك اي في اظهار العزة والخطر فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان
ولنا انه اي النص المشهور اوجب التماثل شرطا للبيع وايجاب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث
اذ لا بد فيه من اضمار لفظ بيعوا حيث انتصب مثلا اي بيعوا هذه الاشيا مثلا بمثل ولهذا تبين
ان الاباحة في بيع الاموال الربوية بعضها ببعض هي الاصل وقوله لا تبيعوا الطعام الحديث انما
ينصرف النهي الى ما بعد الا نحو ما جاء زيد الا راكبا وحاصله الامر بالتسوية عند بيعها ولا شك ان
في ايجاب المماثلة تحقيقا لمعنى البيع المنبئ عن التقابل اذ كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما ان المماثلة
تستدعي شيئين وكذا تحقيق معناه بالتماثل فان كلا منهما مساو للاخر في كونه مستدعي العقد فسوى
بينهما في المماثلة عند اتحاد الجنس في القدر ليتم معنى البيع او اوجب المماثلة صيانة لاموال الناس
عن التوى فانه اذا قوبل بجنسه قابل كل جزء فاذا كان فضل في احدهما صار ذلك الفضل ثاويا على المالك
فلقصد صيانة اموال الناس عن التوى اوجب المماثلة بخلاف ما اذا قوبل المال بغير جنسه فانه لا تحقق
فيه جزء لم يقابل بجزء من الاخر فلا يتحقق التوى الا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في احدى
الجهتين ثم من تتميم التماثل المساواة في التقابل فان للحال مزية على المؤخر فايجاب التقابض ايضا لذلك
وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم اموالهم والمماثلة بين الشيئين تماما
باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي الذات اي الصورة والجنسية تسوي المعنى فيظهر بذلك
الفضل فيتحقق الربا لان الربا هو الفضل المستحق لاحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض
شرط فيه اي في العقد وعلمت ان الخلو في المعاوضة لا يتحقق الا عند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا
من الكيل او الوزن مع الجنس ولم يعتبر في اثباته المماثلة عدم تفاوت الوصف اما لانه لا يعد تفاوتا
عرفا وفيه نظر او لان في اعتباره سد باب البياعات وهو الوجه لانه قلما يخلو عوضان من جنس عن
تفاوت ما فلم يعتبر وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا ان صح بعينه والا فهو مفاد
من حديث بيع التمر بالجنيب والاجماع عليه وعلة احداره ما ذكرنا وعند تامل هذا الكلام [illegible]

ان المتناظرين لم يتواردا على محل واحد فان الشافعي وكذا مالك عينوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم
وهؤلاء عينوا العلة بمعنى المعرف للحكم فان الكيل يعرف المماثلة فيعرف الجواز وعدمها فيعرف الحرمة
فالوجه ان يتحد المحل وذلك بجعلها الطعم والاقتيات الى اخر ما ذكروا عندهم وعندنا هي قصد صيانة
اموال الناس وحفظها عليهم وظهور هذا القصد من ايجاب المماثلة في المقدار والتقابض اظهر من ان يخفى
على من له ادنى لب فضلا عن فقيه. واما الطعم فربما يكون التعليل به من فساد الوضع لان الطعم مما تشتد
الحاجة اليه اشتدادا تاما والسبيل في مثل ذلك الاطلاق بابلغ الوجوه دون التضييق فان السنة
الالهية جرت في حق جنس الانسان ان ما كان الحاجة اليه اكثر كان اطلاق الشرع فيه اوسع كالماء والكلا
للدواب فان قال دل الترتيب على المشتق عليه قلنا ذلك بشرط كونه صالحا مناسبا للحكم على انا نمنع ان
الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الاعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره
بالتمر وهو غالب ماكولهم لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام الا يرى ان مالكا فيما قدمنا اجاز
التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام قال لانه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يوكل
او يشرب من البقل والماء والطين الارمني وهو صحيح لولا دليل اخرجه والحاقه بالبضع فيه خلل لان البضع
مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والاباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة بخلاف باقي
الاموال فان اصلها الاباحة ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة وانما الزم فيها العقد بعد
تعلق حق انسان به دفعا للمفسدة الغالب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتهان دفعا
للحوائج الاصلية فالحاقها به غير صحيح الا انهم لما حصروا المعروف في الكيل والوزن اجازوا بيع ما لا يدخل
تحت الكيل مجازفة فاجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود المعيار
المعرف للمساواة فلم يتحقق الفضل ولهذا كان تضمينها بالقيمة عند الاتلاف لا بالمثل وهذا في
غير الجوز من العددي المتقارب اما فيه فكلام فخر الاسلام ان الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان
وكذا التمرة بالتمرة لا في حكم الربا لان الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت
الا ان الناس اهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق الشرع وهو وجوب
التسوية فلا ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة انه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن
قيمتها فان ابى الا ان ياخذ عينها اخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي
لما كانت العلة الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا ما دون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير
في الشرع بما دونه فنعرف انه لو وضعت مكاييل اصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا
اذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع فان بلغ احدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف
صاع فصاعدا بحفنة وفي جمع التفاريق قيل لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح
ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة اموال الناس تحريم التفاحة
بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين اما ان كانت مكاييل اصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدح
وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدورات الشرعية في الواجبات المالية
كالكفارات وصدقة الفطر باقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل
مع تيقن تحريم اهداره ولقد اعجب غاية العجب من كلامهم هذا وروى المعلى عن محمد انه كره التمرة بالتمرتين

وقال كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام ويتفرع على الخلاف ما لو تبايعا مكيلا او موزونا غير
مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس مع التفاضل
على ما قررناه للصيانة وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة ان لا
يجوز بيع عبد بعبدين وبعير ببعيرين وجوازه مجمع عليه اذا كان يدا بيد فان قيل الصيانة حكمة فتنا
بالمعرف لها وهو الكيل والوزن قلنا انما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها وصون المال
ظاهر منضبط فان المماثلة وعدمها محسوس وبذلك نعلم الصيانة وعدمها على ان ضبط هذه
الحكمة بالكيل والوزن تفاديا عن نقضه بالعبد بعبدين وثوب هروي بهرويين وفي الاسرار
ما دون الحبة من الذهب والفضة لا قيمة له قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم
اليه وهو القدر حل التفاضل والنسا كبيع الحنطة بالدراهم او الثياب والهروي بمرويين الى
اجل والجوز بالبيض الى اجل لعدم العلة المحرمة وعدم العلة وان كان لا يوجب عدم الحكم لكن اذا
اتحدت العلة لزم من عدمها العدم لا بمعنى انها تؤثر العدم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود
فيبقى عدم الحكم وهو الحرمة فيما نحن فيه على عدمه الاصلي واذا عدم سبب الحرمة والاصل في
البيع مطلقا الاباحة الا ما اخرجه دليل من اصنافه كان الثابت الحل واذا وجد اي الجنس والمعنى
المضموم اليه وهو القدر حرم التفاضل والنسا كالشعير بالشعير لا يجوز الا مع التساوي والتقابض
لوجود العلة المعرفة للحكم على ما بينا واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل
ان يسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم اليه من الكيل والوزن لا يجوز
وكذا اذا باع عبدا بعبد الى اجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين والهروي بهرويين حاضرا
جاز او حنطة في شعير في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوي وكذا حديد في رصاص
ومقتضاه ان لا يجوز فلوس في جبن ونحوه في زماننا لانها وزنية ربا الفضل بالوصفين جميعا وحرمة
النسا باحدهما والنسا بالمد ليس غير وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم شيئا لانه لا دليل عليه
وايضا دل الدليل على نفيه وهو ما عن ابن عمر رضي الله عنهما انه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فامر
ان اشتري بعيرا ببعيرين الى اجل وهذا يكون سلما وعن ابن عمر انه باع بعيرا بربعة الى اجل وعن علي
رضي الله عنه انه باع بعيرا يقال له عصيفير بعشرين بعيرا الى اجل والمعنى ان التاجيل في احد البدلين
يظهر التفاوت فيه حكما والتفاوت حقيقة اكثر تاثيرا منه حكما فاذا كان التفاوت حقيقة في هذه الاموال
بان باع الواحد بالاثنين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق حتى جاز هذا البيع اذا كان يدا بيد اتفاقا فلان لا
يؤثر حكما اولى وهذا معنى قول المصنف لان بالنقدية الى اخره. قلنا انه مال الربو نظرا الى القدر او الجنس
وعرف ان النقدية اوجبت فضلا في المالية حتى تعورف البيع بالحال بانقص منه بالموجل فيتحقق بوجود
شبهة علة الربا فتثبت شبهة الربو وشبهة الربو مانعة كحقيقة الربا بالاجماع على منع بيع
الاموال الربوية مجازفة وان ظن التساوي وتماثلت الصبرتان في الرؤية وليس فيه الا شبهة
الفضل بل قالوا لو تبايعا مجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرا متساويين لم يجز عندنا ايضا خلافا لزفر لان
العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز ولنهيه صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة وكذا الاتفاق
على انه لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة يفيد ما ذكرنا والتحقيق ان المعول عليه في ذلك ما تقدم من

حديث عبادة بن الصامت مما اخرجه الستة الا البخاري من قوله في اخر الحديث فاذا اختلفت هذه
الاوصاف فبيعوا كيف شئتم بعد ان يكون يدا بيد فالزم التقابض عند الاختلاف وهو تحريم النسيئة
وكذا ما تقدم من رواية ابي داود لقوله صلى الله عليه وسلم ولا باس ببيع البر بالشعير والشعير اكثرهما
يدا بيد واما النسيئة فلا واخرج ابو داود ايضا قال ثنا موسى بن اسماعيل ثنا حماد عن قتادة عن
الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فقام دليلا على ان وجود
احد جزئي علة الربا علة التحريم التام علمنا بان فيه شبهة الربا اعني الفضل وانما قلنا هذا لان مقتضى
ما ذكر من ان للشبهة حكم الحقيقة ان يحرم باحد الوصفين التفاضل ايضا لان لشبهة العلة حكم العلة
فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنسا فيثبت فيهما ثم يقدم هذا الحديث
على حديث البعير ببعيرين لانه محرم وذاك مبيح ويجمع بينهما بان ذلك كان قبل تحريم الربا ولما كان مقتضى
ما ذكر ان لا يجوز اسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد
والنحاس ونحوها جائز بالاجماع اجاب بالفرق بان الوزن في النقود وتلك الاموال مختلف فانه في النقود
بالمثاقيل والدراهم الصنجات وفي الزعفران بالامنا والقبان وهذا اختلاف في الصورة بينهما وبينهما
اختلاف آخر معنوي وهو ان المنقود لا يتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين وآخر حكمي وهو انه لو
باع النقود موازنة وقبضها كان له ان يبيعها قبل الوزن وتفسيره لو اشترى دراهم او دنانير موازنة
فوزنها البايع بغيبة المشتري وسلمها فقبضها جاز له ان يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا وفي الزعفران ونحوه
يشترط اعادة الوزن في مثله اذا اختلفا اي النقد والزعفران ونحوه فيه اي في الوزن صورة ومعنى
وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة وقوله صورة
ومعنى وحكما نشر مرتب بعد اللف ولا يخفى ان التعين بالتعيين وعدمه لا يتعلق بالوزن وليس الاختلا
باعتباره اختلافا في معنى الوزن وكذا الاول فان الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات ايضا
وكذا الاخير بل لا فرق بين النقد وغيره في ذلك وقوله وفي الزعفران واشباهه لا يجوز ان اراد انه
بعدما اتزنه من بايعه وقبضه ليس له ان يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع بل له ان يبيعه موازنة من آخر
ثم يلزم بعد هذا البيع ان يزنه الاخر ليسلمه اليه ليصح تصرف الاخر فيه وكذا نقول في الدراهم اذا قبضها
واما ان يقال اذا باع بالدراهم حتى كان ثمنا او باعها له ان يتصرف فيها قبل قبضها بخلاف الزعفران لانه
مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه بخلاف المبيع فعلى تقدير هذا الاختلاف الحكمي
وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في اصل الوزن واذا ضعف هذا فالوجه في هذا ايضا تحريم
الجنس بانفراده الى النسا كما ذكرنا وليحق به تاثير الكيل والوزن بانفراده ثم يستثنى اسلام النقود في
الموزونات بالاجماع كي لا ينسد اكثر ابواب السلم وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز ان يسلم في
الموزونات وان اختلفت اجناسها كاسلام حديد في قطن او زيت في جبن وغير ذلك الا اذا اخرج
من ان يكون وزنيا بالصنعة الا في الذهب والفضة فلو اسلم سيفا فيما يوزن جاز الا بالحديد لان
السيف خرج من ان يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين
بمثله من جنسه يدا بيد كيف ما كانا وحديدا وان كان احدهما اثقل من الاخر بخلافه من الذهب والفضة
فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما ولا تتغير بالصنعة

فلا تخرج عن الوزن بالعادة واورد انه ينبغي ان يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير في الدراهم
والدنانير لاختلاف طريقة الوزن اجيب بان امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم
فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان
بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوي رحمه الله ينبغي ان ينعقد بيعا بثمن مؤجل هذا واختلاف
الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود فالحنطة والشعير جنسان عندنا وعند
الشافعي وقال مالك جنس واحد حتى لا يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا لان اسم الطعام يقع عليهما
قلنا بل جنسان لانهما مختلفان اسما ومعنا وافراد كل عن الاخر بقوله صلى الله عليه وسلم الحنطة
بالحنطة والشعير بالشعير يدل على انهما جنسان والاقال الطعام بالطعام وكون اسم الاعم يصح اطلاقه
على الاخص لا يوجب ان جميع ما يصدق عليه يكون متماثلة كالحيوان يصدق على امور متباينة بلا اشتباه كا
والفرس ولم يلزم من ذلك ان يكونا جنسا واحدا بالمعنى الفقهي والثوب الهروي والمروي وهو يكون
الرا جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها وكذا المروي المنسوج ببغداد وخراسان واللبد
الارمني والطالقاني جنسان والتمر كله جنس واحد والحديد والرصاص والشبه اجناس وكذا
غزل الصوف والشعر ولحم الضان والبقر والمعز والالية واللحم وشحم البطن اجناس ودهن البنفسج
والخيري جنسان والادهان المختلفة اصولها اجناس ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ
مطيب لان الطيب زيادة قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه
كيلا فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزنا وان تماثلا في الوزن الا ان علم
انهما متماثلان في الكيل ايضا وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب
والفضة لان النص اقوى من العرف لان العرف جاز ان يكون على باطل كتعارف اهل زماننا في اخراج
الشموع والسرج الى المقابر ليالي العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل ان يكون على باطل ولان حجية العرف
على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو اقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص
وهو قوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفي المجتبى ثبت هذا ان
ما يعتاده اهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا ومتفاضلا نقدا
او نسيئة لا يجوز وما لم ينص عليه عليه الصلوة والسلام فهو محمول على عادات الناس في الاسواق
لانها اي العادة دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون حسنا
الحديث ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقا لان العرف بمنزلة الاجماع عند عدم النص وزاد
الشافعي ان ما كان مستخرجا من اصل فهو ملحق به لانه تبع له كالدقيق وعن ابي يوسف رحمه الله انه
يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك الكيل في الشيء او الوزن فيه ما كان
في ذلك الوقت الا لان العادة اذ ذاك بذلك وقد تبدلت فتبدل الحكم واجيب بان تقريره
صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لان العرف
لا يعارض النص كما ذكرناه آنفا كذا وجه ولا يخفى ان هذا لا يلزم ابا يوسف لان قصاراه انه كنصه
على ذلك وهو يقول يصار الى العرف الطاري بعد النص بناء على ان تغير العادة يستلزم تغير النص
حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حيا نص عليه على وزان ما ذكرنا في مسئلة التراويح مع انه صلى الله عليه وسلم

لا بيان

خ

لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك لكن لما بين عذره خشية الافتراض علي معنى لولاه لواظب نحكم بالسنية
مع عدم المواظبة لا لا امنا من بعده النسخ نحكمنا بالسنية فكذا هذا ولو تغيرت تلك العادة التي
كان النص باعتبارها الي عادة اخري تغير الحكم والله اعلم فعلي هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا
وزنا والذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل لو كان بالمعيار المنصوص عليه كما لو باع مجازفة فانه لا يجوز لتوهم الفضل في
احدهما وقوله الا انه الي اخره استثنا علي قولهما من قوله فهو مكيل ابدا اي يلزم ان يتصرف فيه بالكيل
ابدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناه وقال يجوز ذلك لان الصحيح فيه كون السلم
فيه معلوما علي وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما علي الوزن بخلاف بيعها بجنسها
فان المصحح هناك التماثل بالمسوي الشرعي المعين فما لم يكن ذلك المسوي لم يتحقق بالجزاف فلا يجوز وهذا
مختار الطحاوي ● وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانها مكيل بالنص والحاصل ان فيه روايتين
والفتوى علي الاول وقد عرفت الفرق ● وقوله في الكافي الفتوى علي عادة الناس يقتضي انهم لو اعتادوا ان
يسلموا فيها كيلا فاسلم وزنا لا يجوز ولا ينبغي ذلك بل اذا اتفقا علي عرف كيل او وزن ينبغي ان يجوز لوجود
المصحح وانتفاء المانع ● وفي جمع التفاريق روي عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن ابي يوسف
في الموزونات كيلا انه يجوز وكذا اطلقه الطحاوي فقال لا باس بالسلم في المكيل وزنا وفي الموزون كيلا
هذا الذي ذكره فرق بين الكيلي نصا الوزني عادة وقلبه فاما الوزني نصا او عادة كما في انائين من جنس
واحد ثبتا او ذهب او فضة احدهما اكثر وزنا من الاخر ففي الانائين من غير النقدين يجوز بيع احدهما
بالاخر واذا كانت العادة ان لا يباعان وزنا لانه عددي متقارب وفي انائي الذهب والفضة لا يجوز
فانه يجري فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا في العادة فان الوزن في الذهب والفضة منصوص
عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة واما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة
ايضا من ان يكون موزونا بالعرف **قوله** وكل ما ينسب الي الرطل فهو وزني هذا في التحقيق تفسير لبعض الفاظ
ربما ينسب اليها المبيع بلفظ لقدر ولم يشتهر فيها انه اسم يرجع الي الوزن كما اشتهر في المن والقنطار او الي
الكيل كما في الصاع والمد فلا يدري هذه الاسما من قبيل الوزن فيجري حكم الوزني علي المبيع او الكيل فيجري
عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو بفتح الرا وكسرها والاوقية فافاد ان المنسوب اليها من المبيعات وزني
فيجري عليه ذلك فلو بيع ما ينسب الي الرطل والاوقية كيلا بكيل متساويا وبين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف
وزنا ما يحلهما لا يجوز لعدم ولاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف ولو تبايعا كيلا متفاضلا
وهما متساويا الوزن صح وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لافادة انه لو ظهر تساويهما وزنا
يجوز فانا قدمنا ان اموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزفر وقول الشافعي كقولنا
بل لافادة انه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما اليه من الكيل والوزن كان يجوز ثم الرطل والاوقية يختلف
فيها عرف الامصار ويختلف في المصر الواحد لامر المبيعات فالرطل الان بالاسكندرية ثلثماية درهم واثنا عشر
درهما توزن كل عشرة سبعة مثاقيل وفي مصر ماية واربعة واربعون درهما وفي الشام اكثر من ذلك فهو
اربعة امثاله وفي حلب اكثر من ذلك وتفسير ابي عبيد الرطل بانه ماية وثمانية وعشرون تفسير للرطل
العراقي الذي يقدر به الفقها كيل صدقة الفطر وغيرها من الكفارات ثم في الاسكندرية الرطل المذكور

لغير الكيان ما يناه درهم بوزن سبعة وكل رطل في عرف ديار مصر والشام واقطاره اثني عشر اوقيه وربما
كان في غيرها عشرين اوقيه وحينئذ لا يشكل اختلاف كمية الاوقيه باختلاف الرطل وفي زمنه صلي الله
عليه وسلم كانت اربعين درهما ثم الاوقيه مثلا اثني عشر كما ذكرنا وفي نحو المسك والزعفران عشرة والحاصل
ان هذه الاسما مع اسما اخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسوال فيعرف الحال
وقوله بمكيال لا يعرف وزنه الي اخره عرف تقريره **قوله** وعقد الصرف ما وقع علي جنس الاثمان ذهبا وفضة
بجنسه او بغير جنسه فان كان بجنسه اشترط فيه التساوي والتقابض قبل الافتراق وان اختلف المجلس حتى لو
عقدا عقد الصرف ومشيا فرسخا ثم تقابضا وافترقا صح وان لا يكون به خيار وكذا السلم ولا اجل كذا ذكر
وهو مستدرك لان اشتراط التقابض يفيده ولو اسقطا الخيار والاجل في المجلس عاد صحيحا خلافا لزفر
وان كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوي التساوي واستدل علي اشتراط التقابض بقوله
صلي الله عليه وسلم الفضة بالفضة ربا الا هاء وهاء ● روي ابن ابي شيبة من حديث ابن عمر عنه عليه
الصلوة والسلام الذهب بالذهب ربا الا هاء وهاء والورق بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا
الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء ورواه اصحاب الكتب
الستة الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر الي اخره وهاء ممدود اسم لهاء والالف وهمزة
بوزن هاع مبني علي الفتح ومعناه خذ هو ربا الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ ومنه هاؤم اقرؤا
كتابيه وفسره بانه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال وما سواه اي ما سوي عقد الصرف مما فيه
الربا من بيع الاموال الربوية بجنسها او بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض فلو افترقا
بعد تعيين البدلين عن غير قبض جاز عندنا خلافا للشافعي في بيع الطعام اي كل مطعوم حنطة او شعير
او لحم او فاكهة فانه يشترط فيه التقابض لقوله صلي الله عليه وسلم يدا بيد ولانه حينئذ يقع التعاقب
في القبض وللنقد مزية فيكون كالموجل اذ يحصل التفاوت في البدلين ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط
في صحة بيعه القبض كالثوب بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن
من التصرف وذلك يترتب علي التعيين فلا حاجة الي اشتراط شرط اخر وهو القبض بخلاف الصرف لان التعيين
لا يحصل فيه الا بالقبض فان الدراهم والدنانير لا تتعين مملوكة بالعقد الا بالقبض قال ومعني قوله يدا
بيد عينا بعين كذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت يدا بيد وله رواية
اخري عند مسلم عينا بعين ولفظه في مسلم سمعت رسول الله صلي الله عليه وسلم ينهي عن الذهب بالذهب
والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح الا سواء بسواء عينا بعين فمن زاد
او ازداد فقد اربي وفيه قصة وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت ممنوع بل هذا القدر مهدر
لا يعد زيادة ما لم يذكر الاجل وقد استشكل بانه استدل بيدا بيد علي اشتراط التقابض قبل الافتراق
في الصرف ثم استدل به هنا علي ان الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميما للمشترك او للحقيقة والمجاز
والجواب انه فسرها وها بيدا بيد وفسر يدا بيد بالتعيين لرواية عينا بعين واستدلاله به علي التقابض
في الصرف لا بعينه لان الاستدلال به هناك انما هو علي التعيين ايضا لكن لما كان التعيين هناك التقابض
يكون لا بغيره لما قلنا انها لا تتعين الا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه لكن بقي ان يقال حمل
يدا بيد علي معني عينا بعين ليس اولي من قلبه ● واجيب عنه بان رواية عينا بعين تفسر المحمل لان يدا بيد

يحتمل معنيين فهي تفسير له ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لانه يحصل بالقبض ضرورة فلزم ان عينا بعين تفسير لبدبيد ولقايل ان يدفعه بمنع الاجمال بل هو ظاهر في التقابض ويجاب بحمل عينا بعين عليه لان القبض اخص من التعيين فكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا وباب الربا باب احتياط فيجب ان يحمل العينية على القبض ويؤيده فهم عمر رضي الله عنه لذلك في الصحيحين ان مالك بن اوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بماية دينار فاخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك فقال والله لا تفارقه حتى تاخذ منه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء وبهذا استدل ابن الجوزي على اشتراط التقابض على ابي حنيفة رضي الله عنه وكيف ومعنى هاء خذ وهو من اسماء الافعال ومنه هاؤم اقرؤا كتابيه وقال قايل لم تمزج لي من بعضها السقا ثم تقول من بعيد هاء واما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقابض فدفع بان الاسم ينبي هناك عن صرف كل الى الاخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الاسماء الشرعية وليس في الفرع ذلك الا انه لا حاجة له اليه فان الدليل السمعي على الوجه الذي قررناه يستقل بمطلوبه **قوله** ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين الى اخره ومبنى ذلك وهو ظاهر غير ان ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد وهي من مسايل الجامع الصغير صورتها فيه وهي من مسايل الجامع الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين او فلس بفلسين وتمرة بتمرتين يدا بيد جاز اذا كان بعينه وليس كلاهما ولا احدهما دينا وصوره اربع ان يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير اعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرايجة اموال متساوية قطعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون احدهما فضلا خاليا مشروطا في العقد وهو الربا وان يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير عينهما لا يجوز والا امسك البايع الفلس المعين وطالبه بفلس اخر او سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس اخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع اليه عين ماله ويبقى الفلس الاخر خاليا عن العوض وكذا لو باع فلسين باعيانهما بفلس بغير عينه لانه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع اليه احدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الاخر فضلا بلا عوض استحق بعقد البيع وهذا على تقدير ان رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن والرابع ان يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافا لمحمد واصله ان الفلس لا يتعين بالتعيين ما دام رايجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك احدهما قبل القبض بطل العقد وجه محمد ان الثمنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما واذا بقيت ثمنا لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان عينهما في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا ابطلت الثمنية تعينت بالتعيين لصيرورتها عروضا اعترض عليه بان الفلوس اذا كسدت باصطلاح الكل تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين فيجب ان لا تصير عروضا باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها **اجيب** بان الفلوس في الاصل عروض فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الاصل فلا يجوز ان تصير ثمنا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الاصل وخلاف الناس واما اذا اصطلحا على كونها عروضا فهو على الاصل فيجوز وان كان من سواهما على الثمنية وقوله ولا تعود وزنيا وان صارت عروضا جواب عما يقال يلزم ان لا يجوز بيع فلس بالفلسين لانه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن **فاجاب** بان الاصطلاح كان على الامرين الثمنية والعددية

واصطلاحهما

واصطلاحهما على اهدار ثمنيتها لا يستلزم اهدار العددية فانه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العددية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العددية كالنقدين والعددية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض بخلاف الدرهم بالدرهمين لان النقود للثمنية خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير عينهما لانه بيع الكالي بالكالي وقد نهي عنه ولا يخفى ضعف قوله لان الجنس بانفراده يحرم النسا وانما يتم لو كان كون البيع بغير عينه يستلزم النسيئة وليس كذلك الا ترى ان البيع بالنقود بيع بما ليس بمعين ويكون مع ذلك حالا فكونه بغير عينه ليس معناه نسيئة وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النسا والكالي بالكالي قال ابو عبيدة هو النسيئة بالنسيئة وفي الفايق كلا الدين بالرفع كلوءا فهو كالي اذا تاخر قال الشاعر وعينه كالكالي الضمار يعني رجلا يريد بعينه عطيته الحاضرة كالمتاخر الذي لا يرجى ومنه كلا الله بك اكلا العمر اي اكثره تاخرا وتكلات كلاة اي استنسات نسيئة وحديث النهي عن الكالي بالكالي رواه ابن ابي شيبة واسحق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يباع كالي بكالي وضعف احمد بن موسى بن عبيدة فقيل له ان شعبة يروي عنه فقال لو راى شعبة منه ما راينا منه لم يرو عنه ورواه عبد الرزاق عن ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن عبد الله بن دينار وضعف بالاسلمي ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم وغلطهما البيهقي وقال انما هو موسى بن عبيدة الربذي ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج حديث طويل وعن كالي بكالي والحديث لا ينزل عن الحسن بلا شك **قوله** ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي دقيقها بوجه من الوجوه ولا بالسويق اي سويق الحنطة اما بسويق الشعير فيجوز لان غاية ما يستلزم شبهة التفاضل وحقيقته جايزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته وانما امتنع لان المجانسة بين الحنطة ودقيقها وان انتفت اسما وصورة ومعنى بان المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوة واخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة وانما لم يقل اجزاؤها الان من اجزايها لحالة ايضا فالحنطة كسرت على اجزاء صغار وذلك لا ينفي المجانسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل والكيل لا يوجب التسوية بينهما لا يعارض ذلك التكسير صارت اجزاؤهما مكتنزة فيه اي في الكيل اي منضمة انضماما شديدا والقمح في الكيل ليس كذلك فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع احدهما بالاخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل ان يتفق كيس في كل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء في الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صار نحوه بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل مساو وقولنا قول الشافعي في الاظهر عنه وسفيان الثوري واحمد في رواية خلافا لمالك واحمد في اظهر قوليه لان الدقيق نفس الحنطة فرقت اجزاؤها فاشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف الا ان الشافعي اجازه لان النخالة ليست من اموال الربى لانها لا تطعم وقوله المعيار في الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه اما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك **قوله** ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا وهو قول احمد وكذا استقراضه كيلا والسلم فيه كيلا ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لانه لا يعتدل في الكيل لانه يتكبس بالكبس ولا يتحقق

التساوي في الكيل وعن يمنع كونه لا يعلم بل يعلم وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد
سقط اعتباره وفي الذخيرة عن الامام الفضلي انما يجوز اذا تساويا كيلا اذا كانا مكبوسين وهو حسن ولفظ
متساويا نصب على الحال ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصبب عرقا والاصل متساويا كيله
وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا روايتان وفي الخلاصة لم يذكر غيره رواية المنع فقال في جعل اجر في الورع
والثمار واما بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها ايضا سواء كان احد الدقيقين اخشن او ادق وكذا
بيع النخالة بالنخالة وفي شرح ابي نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة والذي
في الخلاصة احسن لاهدار ذلك القدر من زيادة النعومة وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز الا
مماثلا وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند ابي يوسف بان كانت النخالة الخالصة اكثر من
النخالة التي في الدقيق ثم قال المصنف وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز اي لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة
او الشعير بسويق ذلك النوع عند ابي حنيفة متفاضلا ولا متساويا اما دقيق الحنطة بسويق الشعير
عكسه فلا شك في جوازه وعندهما يجوز بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا لانهما اي دقيق الحنطة
وسويقها مثلا جنسان وان رجعا الى اصل واحد لاختلاف المقصود اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن
فان المقاصد من الدقيق مثل ان يصنع خبزا او عصيدا او اطرية وهو شبه الرشتي لا يتاتى من السويق
كما ان ما يقصد بالسويق وهو ان يداف من عسل ويشرب او يلت بسمن وعسل ويوكل لا يتاتى من الدقيق
واذا كانا جنسين جاز بيع احدهما بالاخر متساويا ومتفاضلا وابو حنيفة يمنع انهما جنسان وله طريقان
احدهما ان بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لا يجوز اتفاقا وذلك ليس الا لاعتبار اتحاد الجنسية
وعدم العلم بالتساوي مع مساواة الكيل لاكتناز احدهما فيه دون الاخرى والدقيق اجزاء غير المقلية
والسويق اجزاء المقلية ولم يرد الدقيق على الحنطة الا بتكسيره بالطحن وكذا الاخر وذلك لا يوجب اختلاف
الجنس بعد اتحاده والثاني وعليه اقتصر المصنف ان بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لا يجوز وكذا بيع
الحنطة المقلية بالدقيق وليس ذلك الا لاستلزامه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت الا مع المجانسة ثابتة
بين السويق والحنطة والدقيق اجزاء الحنطة فتثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمتنع العلم بالمساواة
فيمتنع البيع مطلقا ولم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس قلنا اعظم المقاصد مما يتحد فيه
وهو التغذي فلا يبالي بفوات بعضها الذي هو دون المقصد الاعظم بدليل الحكم باتحاد الجنس في
الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع احدهما بالاخر كما ذكرنا بسبب اتحادهما في ذلك المقصود
الاعظم مع فوات ما دونه من المقاصد فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن
فيتخذ منها خبز وكذا العلكة اي الجيدة السالمة من السوس مع المسوسة ومع ذلك جعلا جنسا
واحدا غير ان المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا والمقلية مع غير المقلية لا يجوز لما ذكرنا من
ان الكيل لا يسوي بينهما فاما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره في
الذخيرة وقيل لا وعليه عول في المبسوط ووجهه ان النار قد تاخذ في احدهما اكثر من الاخر والاول
اول ومسوسة بكسر الواو كانها هي سوست اي ادخلت السوس فيها **قوله** ويجوز بيع اللحم بالحيوان
عند ابي حنيفة وابي يوسف سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان او لا مساويا لما في الحيوان او لا ولا يشترط
التعيين اما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم وفصل محمد رحمه الله فقال ان باعه بلحم

غير جنسه كلحم البقر بالشاة الحية ولحم الجزور بالبقرة الحية يجوز كيف ما كان وان كان من جنسه كلحم شاة
بشاة حية فشرطه ان يكون اللحم المفرد اكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم
او لزيادة اللحم بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك تحقق الربا اما لزيادة السقط ان كان اللحم المفرد مثل
ما في الحيوان من اللحم او لزيادة اللحم ان كان اللحم اقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن
السمسم لا يجوز الا على ذلك الاعتبار والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد
والاكارع ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز اذا تساويا اي وزنا بالاجماع والمراد بالمسلوخة
المفصولة من السقط وان كانت بسقطها لا يجوز الا على الاعتبار ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز
عند الكل اما عندهما فظاهر لانه لو اشتراها باللحم جاز كيف ما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة
واما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها بازاء السقط وعلى هذا شاتان
مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلخ يجوز لان اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة بازاء الجلد
ونحوه فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعدمه **وقال** مالك والشافعي واحمد رحمهم الله
لا يجوز بيع اللحم بالحيوان اصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره خلافا للمزني من اصحاب الشافعي فانه قال كقول
ابي حنيفة وابي يوسف ولو باعه بلحم غير جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك واحمد يجوز وللشافعي قولان والا
لا يصح لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان **وجه** قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
في الاطلاق انه باع موزونا بما ليس بموزون فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمن كالعصير
مع العنب واللبن مع السمن لكن اتحاده مع اختلاف المقدر وبه انما يمتنع النسا فقلنا بشرط التعيين ولا
يجوز النسا فيه وانما قلنا ان الحيوان ليس بموزون لانه لا يوزن عادة فليس فيه احد المقدرين الشرعيين
الوزن او الكيل لان الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لانه يثقل نفسه ويخففها فلا يدري بخلاف الدهن
والسمن لان الوزن يعرف قدر الدهن اذا ميز من التخيير ثم يوزن التخيير هذا على التنزل والا فهما على ما
قال غير المصنف يعتبر ان لحم الشاة مع الحية جنسين اخذا من قوله تعالى فكسونا العظام لحما ثم انشاناه
خلقا اخر اي بعد نفخ الروح فعلم ان الحي مع الجماد جنسان فيجوز احدهما بالاخر من غير اعتبار وانما
امتنع النسا لانه حينئذ سلم وهو لا يجوز كما قدمناه واعلم ان السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان ومنه
ضعيف وقوي فمن القوي ما رواه مالك في الموطا وابو داود في المراسيل عن زيد بن اسلم عن سعيد بن
المسيب نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان وفي لفظ نهى عن بيع الحي بالميت ومرسل
سعيد مقبول بالاتفاق وقال ابن خزيمة ثنا احمد بن حفص السلمي حدثني ابي حدثني ابراهيم بن طهمان
عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن حسان عن سمرة نحوه قال البيهقي اسناده صحيح ومن اثبت سماع الحسن من سمرة
عده موصولا ومن لم يثبته فهو مرسل جيد وانت تعلم ان المرسل عندنا حجة مطلقا واسند الشافعي
الى رجل مجهول من اهل المدينة انه صلى الله عليه وسلم نهى ان يباع حي بميت واسند ايضا عن ابي
الصديق رضي الله عنه انه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان ويسنده الى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير
وابي بكر بن عبد الرحمن انهم كرهوا ذلك وهولاء تابعون وحديث ابي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى
فان شابحا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما ان جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
فجاء اعرابي بعناق فقال اعطوني بهذا العناق لحما فقال ابو بكر رضي الله عنه لا يصلح هذا وناولوه

صح

كان من ابل الصدقة نحر لنتصدق به **قوله** ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد ومالك والشافعي واحمد رحمهم الله لا يجوز فقد تفرد ابو حنيفة بالقول بالجواز واما
الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا للجماعة ما روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الاسود
ابن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن ابي وقاص انه سئل عن البيضا بالسلت فقال سعد ايهما
افضل قال البيضا قال فنهاه عن ذلك وقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسال عن شرا
التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اينقص الرطب اذا جف قال نعم فنهاه عن ذلك
فهذا حكم منبه فيه على علته وهو كونه ينقص في احد البدلين في ثاني الحال عن المساواة ومن طريق
مالك رواه اصحاب السنن الاربعة وقال الترمذي حديث حسن صحيح ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين اهدي له رطب او كل تمر خيبر هكذا سماه اي سمى الرطب
تمرا وهذا انما يتم اذا كان المهدى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا اخرج الشيخان في الصحيحين عن ابي
سعيد الخدري وابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث اخا بني عدي الانصاري رضي الله عنه
فاستعمله على خيبر فقدم بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل تمر خيبر هكذا
فقال لا والله يا رسول الله انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم فلا تفعلوا ولكن مثلا بمثل او بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا وكذلك الميزان
ولفظ اخر انا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم
ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجمع اصناف مجموعة من التمر وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لا
ياكل تمرا فاكل رطبا انه يحنث فليس كذلك بل المذهب انه لا يحنث لان مبناها على العرف وسيذكر
تمامه ثم قال المصنف ولانه ان كان تمرا هذا اللفظ يحكى عن ابي حنيفة انه دخل بغداد وكانوا
اشدا عليه لمخالفة الخبر فسالوه فقال الرطب اما ان يكون تمرا او لم يكن فان كان تمرا جاز العقد
عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف
النوعان فبيعوا كيف شئتم فاورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دائر على ابن عياش وزيد بن
عياش ممن لم يقبل حديثه وابدله المصنف بقوله ضعيف عند النقلة وغلط بعض الشارحين
المصنف في قوله زيد بن عياش بان المذكور في كتب الحديث زيد ابو عياش وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين
مغلطاي قال الامام الزيلعي المخرج رحمه الله ليس ذلك بصحيح قال صاحب التنقيح زيد بن عياش ابو عياش
الزرقي ويقال المخزومي ويقال مولى بني زهرة المدني ليس به باس وغير مشايخنا ذكروا ان ابا حنيفة
انما قال هو مجهول وقد ردد ترديده بين كونه تمرا او لا بان هنا قسما ثالثا وهو كونه من الجنس ولا
يجوز بيعه بالاخر كالحنطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما
الكيل وانما يسوي في حال العقد البدلين وهو ان يجف الاخر وابو حنيفة منعه وليعتبر التساوي
حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال اذ كان موجبه امرا خلقيا هو
زيادة الرطوبة بخلاف المقلية بغيرها فانا في الحال نحكم بعدم التساوي لاكتناز احدهما في الكيل
بخلاف الاخر لتخلل كثير ورد طعنه في ابن عياش ايضا بانه ثقة كما نقلنا انفا في قول صاحب التنقيح وايضا
روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروي عن رجل مجهول وقال المنذري كيف يكون مجهولا وقد روى عنه

الثان

الثان ثقتان عبد الله بن يزيد مولى الاسود بن سفين وعمران بن ابي انس وهما ممن اخرج بهما مسلم في
صحيحه وقد عرفه ايمة هذا الشان وقد اخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريه في الرجال
ونقده وتتبعه لاحوالهم وقال ابن الجوزي في التحقيق قال الامام ابو حنيفة زيد ابو عياش مجهول
فان كان هو لم يعرفه فقد عرفه ايمة النقل ثم ذكر ما ذكرنا وقد اجيب ايضا بانه بتقدير صحة السند
فالمراد النهي عنه نسيئة فانه ثبت في حديث ابي عياش هذا زيادة نسيئة اخرجه ابو داود في سننه
عن يحيى بن كثير عن عبد الله بن يزيد ان ابا عياش اخبره انه سمع سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه
يقول نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وبهذا اللفظ رواه الحاكم وكذا
عنه وكذا رواه الطحاوي في شرح الاثار ورواه الدارقطني وقال اجتماع هؤلاء الاربعة على
خلاف ما رواه ابن ابي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالاربعة مالكا واسماعيل بن امية والضحاك
ابن عثمان واخر وانت تعلم ان بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لان المذهب المختار عند المحدثين
قبول الزيادة وان كان الاكثر لم يروها الا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد
ومثلهم لا يغفل عن مثلها فانها مردودة على ما اكتبناه في تحرير الاصول وما نحن فيه لم يثبت انه
زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع
فالم يظهر ان الحال كذلك فالاصل انه قال في مجالس فذكر في بعضها ما تركه في اخر والله الموفق لكن
يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة اينقص الرطب اذا جف عريا عن الفائدة اذا كان النهي عنه نسيئة
وما ذكروا ان فائدته ان الرطب ينقص الى ان يحل الاجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة لليتيم
باعتبار النقصان عند الجفاف على طريق الاشفاق مبني على ان السائل كان ولي يتيم ولا دليل عليه
قوله وكذلك العنب بالزبيب على الخلاف عند ابي حنيفة يجوز مع التساوي كيلا وعندهما لا يجوز
وقوله والوجه ما بيناه يعني لهما في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم اينقص اذا
جف باعتبار اشتماله على العلة المنبه عليها ولابي حنيفة ان الزبيب اما من جنس العنب فيجوز متماثلا
او لا فيجوز مطلقا ونقل القدوري في التقريب عن ابي جعفر ان جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا
وذكر ابو الحسن ان عندهما لا يجوز الا على الاعتبار وقال المصنف وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا
بالحنطة المقلية بغير المقلية فانه لا يجوز البيع ان القلي الكاين بصنع العباد بعدم اللطافة التي كانت
الحنطة مثلية بخلاف التفاوت الحاصل باصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر
فهذا هو الاصل فصار في بيع العنب بالزبيب اربع روايات لا يجوز اتفاقا ويجوز اتفاقا وهي
رواية ابي جعفر هي على الخلاف وهي رواية الكتاب يجوز عنده وعندهما لا يجوز الا على الاعتبار
لان الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون والفرق لابي حنيفة على رواية المنع بين العنب
بالزبيب وجواز الرطب بالتمر ان الاستعمال ورد باطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا
في الزبيب فافترقا واما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا
وبه قال مالك واحمد والمزني خلافا للشافعي وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين
والمشمش والجوز والكمثرى او الرمان والاجاص لا يجيز بيع رطبه برطبه كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه
لانه لا يعرف قدر النقصان اذ قد يكون نقصان احدهما اكثر من الاخر وكذا الخلاف في الباقلا الاخضر

بمثله لان بين البافلا ثين تفاوت فيمنع تعديل الكيلين فكان كبيع الحنطة المقلية وغير المقلية وبيع
الحنطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة او المبلولة باليابسة وكذا بيع التمر المنقع والزبيب
المنقع بالمنقع واليابس منهما يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع
الحنطة المبلولة الى هنا والمنقع اسم مفعول من انقع الزبيب في الخابية فهو منقع واصله ان محمد
يعتبر في اعدل الاحوال وهو المال عند الجفاف كما اشار اليه حديث سعد وذلك منتف في المبلو
والرطبة مع مثلها او اليابسة اما مع اليابسة فظاهر واما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع
في قدر البلل وقال الحلواني الرواية محفوظة عن محمد ان بيع الحنطة المبلولة باليابسة انما لا يجوز
اذا انتفخت اما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا وابو حنيفة وابو يوسف
يعتبران المساواة بتاويل التساوي في الحال عملا باطلاق الحديث اي حديث عبادة بن الصامت
وغيره الا ان ابا يوسف ترك هذا الاصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا من حديث سعد بن ابي وقاص
وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به الا ما كان في معناه والحنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل
وجه فالرطوبة في الرطب مقصود وفي الحنطة عيب وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول ابي يوسف
مع ابي حنيفة وهو قول الاخر وقوله الاول كقول محمد وقد نقض ما تقدم من الاصل وهو ان التفاوت
بصنع العباد معتبر في المنع واما باصل الخلقة لا بالحنطة المبلولة فان الرطوبة الحاصلة فيها بصنع
العباد وبها يحصل التفاوت مع انه جاز العقد أجيب بان الحنطة في اصل الخلقة رطبة وهي
مال الربا اذ ذاك والبل بالماء يعيدها الى ما هو اصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلي ووجه
الفرق لمحمد بين هذه الفصول من بيع الحنطة الرطبة الى هنا حيث منعه وبين الرطب بالرطب حيث
اجازه وكذلك بين العنب بالعنب فانه يجيزه وحاصله ان التفاوت ان ظهر مع بقاء الاسم على البدلين
او احدهما فسد العقد وان ظهر بعد زوال الاسم عنها لا يفسد ففي الرطب بالرطب والعنب بالعنب
يظهر التفاوت بعد خروج البدلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد فان الاسم حينئذ التمر والزبيب
فلا يكون تفاوتا في المعقود عليه وفي الحنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المعقود عليه
فيمنع ولو باع البسر بالتمر متساويا يجوز ومتفاضلا لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى وهو بضم
الكاف وفتح الفا وتشديد الرا مقصور اكم النخل وهو اول ما ينشق حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اي
كيلاه من التمر كيل من الكفرى وقليه لانه ليس بتمر لان الكفرى لم ينعقد بعد فيه صورة التمر وهذا
الاسم اعني التمر له من اول ما يقابل في صورته لا قبله ولهذا استدل بعضهم لابي حنيفة في بيع الرطب
بالتمر فورد عليه انه لو حلف لا ياكل تمرا فاكل رطبا لا يحنث فكان زعم فاجاب بالمنع بل يحنث والتصحيح
بل المسألة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بانه لا يحنث وكذا ادعى انه يحنث فيما اذا حلف لا
ياكل تمرا فاكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه ان الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة
وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح ان اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى ان يطيب ثم يجف من اللغة
ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول وقوله والكفرى عددي متفاوت الى اخره جواب سؤال
هو انه اذا لم يكن الكفرى تمرا ينبغي ان يجوز اسلام التمر فيه وشرا التمر به نسيئة فقال الكفرى عددي
متفاوت بالكبر والصغر تفاوتا غير مهدر فلا يجوز الاسلام فيه ولا ان يشترى به نسيئة للجهالة

فيمنع

فيمنع المنازعة قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج
معلوما انه اكثر مما في الزيتون والسمسم فلو جهل او علم انه اقل او مساو لا يجوز فالاحتمالات
اربع والجواز في احدهما فانه اذا كان اكثر كان الخارج منه بمثله من الدهن المفرد والزايد منه بمقابلة
الثجير وفي فتاوى قاضي خان رحمه الله انما يشترط ان يكون الخالص اكثر اذا كان الثفل في البدل
الاخر شيا له قيمة اما اذا كان لا قيمة له كما في الزايد بعد اخراج السمن منه فيجوز مع مساواة
الخارج للسمن المفرد يروى للشعر في حنيفة وقال زفر يجوز مع عدم العلم لانه متردد بين
الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك والاصل الصحة وقلنا الفساد غالب لانه على تقديري
النقصان والمساواة والصحة على تقدير الاكثرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به وعند الشافعي
لا يجوز هذا البيع اصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد واعلم ان المجانسة تكون باعتبار ما
في الضمن فتمنع النسيئة كما في المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم
وتكون باعتبار ما اضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن
البنفسج مع دهن الورد اصلها واحد وهو الزيت او الشيرج فصارا جنسين باختلاف ما
اضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى
هذا دهن الزهر في ديارنا ودهن البان اصلهما اللوز يطبق بالزهور لخلاف معه ثم يعصر
اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع احد الدهنين بالاخر متفاضلا وعلى هذا
قالوا الوضم الى الاصل ما طيبه دون الاخر جاز متفاضلا حتى اجاز وابيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين
غير مطيب وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلي لوز غير مطبق وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق
بزهر النارنج برطلي دهن اللوز الخالص وكذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب فجعلوا
الرائحة التي فيها بازا الزايدة على الرطل خلافا للشافعي فانه لا يجيز الدهن المطيب وغيره الا مثلا
بمثل واورد انه ينبغي ان يجوز بيع السمسم بدهنه باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي ●
أجيب بانه لما كان المقصود من السمسم ما في ضمنه من الدهن فكان بيع الجنس بالجنس فان قيل
فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا صرفا لكل دهنه وتجيره الى خلاف جنسه اجيب بان الصرف
يكون عند الانفصال صورة كمسالة الاكرار ولا صورة هنا منفصلة وقوله والجوز بدهنه
واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار يعني ان كان الدهن المفرد والسمن
والدبس اكثر مما يخرج من الجوز واللبن والتمر جاز وقد علمت تقييده بما اذا كان لثفله قيمة وظن
ان لا قيمة لثفل الجوز الا ان يكون بيع بقشره فيوقد وكذا العنب لا قيمة لثفله فلا يشترط زيادة
العصير على ما يخرج والله اعلم واختلفوا في القطن بغزله فبعضهم لا يجوز متساويا لان القطن
ينقص بالغزل فهو كالحنطة مع الدقيق وقال بعضهم يجوز وفي فتاوى قاضي خان لا يجوز الا متساويا
لان اصلهما واحد وكلاهما موزون وان خرجا او احدهما عن الوزن جاز متفاضلا وبيع الغزل
بالثوب او القطن بالثوب جائز على كل حال وقال المصنف بالاجماع وعن محمد ان بيع القطن بالثوب
لا يجوز متفاضلا وعنه انه لا يجوز مطلقا وهكذا عن ابي حنيفة ايضا ثم ذكر انه لا باس ببيع
المحلوج بالقطن والغزل بالقطن اذا كان يعلم ان الخالص اكثر مما في الاخر وهذا في المحلوج مع القطن

ظاهر لان القاصل حب القطن وهو مما ينتفع به وقد يعلف لبعض الدواب واما في الغزل فكانه لكون الفاضل من القطن المفرد بازاء صنعة الغزل فنقل الاجماع انما هو باعتبار الاقوال المعول عليها دون الروايات

قوله ويجوز بيع اللحمان يجمع لحم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل والبقر والغنم لانها اجناس مختلفة لاختلاف اصولها ولم تحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين واما البقر والجواميس فجنس واحد لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجاموس متفاضلا وكذا المعز من الضان والعراب والبخاتي لا يجوز بيع شي منها بالاخر متفاضلا لاتحاد الجنس واما جواز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضلا لانه ليس مال الربا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغي ان يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن في عادة ديار مصر بعظمه وقوله ومراده الى اخره تحرز به عن قول مالك فان عنده اللحم كلها ثلاثة اجناس الطيور جنس والدواب اهليها ووحشيها جنس واحد والبحري وكذا البان البقر والغنم يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنسين باختلاف الاصلين وعن الشافعي ان اللحوم والالبان جنس واحد لاتحاد المقصود من الكل وهو التغذي وهذا قول للشافعي غير المختار والصحيح من قوله انه مثل قولنا ثم دفع هذا القول بان اصولها مختلفة الاجناس وكذا اجزاوها اذا لم تتبدل بالصنعة فانها حينئذ تعد اجناسا ولهذا اجاز الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا ويجوز خل التمر بخل العنب متفاضلا وكذا عصيرهما لاختلاف اصلهما جنسا وتخصيص الدقل وهو ردي التمر باعتبار العادة لان الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا واما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمها ولبنها جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف فان ما يقصد بالشعر من الالات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الامور المتفرعة ثلثة اشيا اختلاف الاصول واختلاف المقاصد وزيادة الصنعة فان قيل بالنظر الى الاتحاد في الصوف والشعر لا يجوز معهما متفاضلا وزنا وبالنظر الى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي ان لا يجوز متفاضلا تغليبا للحرمة فالجواب ان ذلك عند تعارض دليلهما وتساويهما فيرجح المحرم وهنا ليس كذلك فانه لا تقاوم الصورة المعنى والزم على تغليب جانب المعنى كون البان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود واجيب بمنع اتحاده فان لبن البقر يقصد للسمن ولبن الابل لا يتاتى منه ذلك وكذا الاغراض للاكل تتفاوت فان بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضان وكذا في الابل ومن الاختلاف بالصنعة ما قدمنا من جواز بيع انا الى صفر او حديد احدهما اثقل من الاخر وكذا قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وخودة بخودتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شي من ذلك من احد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد ويجوز بيع شحم البطن بالالية او باللحم واللحم بالالية متفاضلا لانها اجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا واما شحم الجنب ونحوه فتابع للحم وهو مع شحم البطن والالية جنسان وكل ذلك لا يجوز نسية ولان الوزن يجمعها واما الروس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيف ما كان لا نسية لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز **قوله** ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلا يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة لان الخبز صار اما عدديا في عرف او موزونا في عرف اخر فخرج من ان يكون مكيلا من كل وجه

والحنطة مكيلة فبفرض كون الجنسية جمعهما اختلف المقدار فجاز التفاضل والدقيق اما كيلي وكذلك او وزني على ما عليه عرف بلادنا ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل ايضا وروي عن ابي حنيفة انه لا خير فيه وهذه العبارة تنفي الجواز بطريق التاكيد للنكرة في النفي وبهذا القول قال الشافعي واحمد لشبهة المجانسة اذ في الخبز اجزاء الدقيق او ان الدقيق بعرض ان يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدري ذلك والفتوى على الاول وهو الجواز وهو اختيار المتاخرين عددا او وزنا كيف ما اصطلحوا عليه وهذا اذا كانا نقدين فاما بيعهما نسية فان كانت الحنطة نسية او الدقيق ان اسلم الخبز فيهما ان دفعه نقدا جاز ايضا وان كان الخبز نسية بان اسلم حنطة او دقيقا في خبز لم يجز عند ابي حنيفة لانه لا يوقف على حد له فانه يتفاوت في الصنعة عجنا وخبزا وكذا عند محمد لانه عددي عنده ويكون منه الثقيل والخفيف ويجوز عند ابي يوسف لانه وزني او يجوز بشرط الوزن ان كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفان مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهدر واختاره المشايخ للفتوى اذا اتي بشرايطه لحاجة الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه اذ اقبض ما هو دون ما سمي صنعة واذا كان كذلك فالاحتياط في منعه لانه قل ان يقع الاخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في ايام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل ان لا يصير مستبدلا ولا خير في استقراض الخبز عند ابي حنيفة عددا او وزنا لانه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور باعتبار كونه جديدا او عتيقا والتقدم في التنور والتاخر فيه ويتفاوت جودة خبزه بذلك واذا منع ابو حنيفة السلم فيه وباب السلم اوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه امنع وعند محمد رحمه الله يجوز بهما اي عددا ووزنا للتعامل بين الجيران بذلك والحاجة اذ قد تدعو الى ذلك بين غير الجيران وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يجوز وزنا لا عددا للتفاوت في احاده ومحمد يقول قد اهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل الفتوى على قول ابي يوسف وانا ارى ان قول محمد احسن **قوله** ولا ربا بين المولى وعبده اي المأذون غير المديون لانه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا لعدم تحقق البيع وكذا المدبر وام الولد فان كان عليه دين لا يجوز اي البيع بطريق الربا اما عند ابي حنيفة فلعدم ملكه لما في يد عبده الماذون فهو اجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما وعندهما انه لم يزل ملكه عما في يده لكن تعلق بما في يده حق الغرما فصار المولى كالاجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما كما يتحقق بينه وبين مكاتبه وفي المبسوط ذكر انه لا يتحقق الربا بينهما مطلقا ولكن على المولى ان يرد ما اخذه على العبد لان كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو اخذه لا بجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين او بخلاف المكاتب لانه صار كالحر يدا وتصرفا في كسبه فيجري الربا بينهما **قوله** ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي ومالك واحمد وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الاصلي والمسلم الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فلو باع مسلم دخل اليهم مستامنا درهما بدرهمين حل وكذا اذا باع منهم ميتة او خنزيرا او قامرهم واخذ المال يحل كل ذلك عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف ومن ذكرنا لهم اطلاق النصوص فانها لم تقيد المنع بمكان دون مكان والقياس على المستامن منهم في دارنا

والحنطة

فان الربا يجري بين المسلمين وبينه فكذا الداخل منا اليهم بامان ولابي حنيفة ومحمد انه صلى الله عليه وسلم
قال لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب وهذا الحديث غريب ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه كالذلك قال الشافعي قال ابو يوسف انما قال ابو حنيفة هذا لان بعض المشيخة
حدثنا عن مكحول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربا بين اهل الحرب اظنه قال واهل الاسلام
قال الشافعي وهذا حديث ليس بثابت ولا حجة فيه اسنده عن البيهقي قال في المبسوط هذا مرسل ومكحول
ثقة والمرسل من مثله مقبول ولان ابا بكر قبل الهجرة حين انزل الله تعالى الم غلبت الروم الاية قالت له
قريش ترون ان الروم تغلب قال نعم فقالوا هل لك ان تخاطرنا فخاطرهم فاخبر النبي صلى الله عليه وسلم
فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب اليهم وزد في الخطر ففعل فغلبت الروم فارسا فاخذ ابو بكر خطره فاجازه
النبي صلى الله عليه وسلم وهو القمار بعينه بين ابي بكر ومشركي مكة وكانت مكة دار شرك ولان مالهم مباح و اطلاق
النصوص في مال محظور وانما يحرم على المسلم اذا كان بطريق الغدر فاذا لم ياخذ غدرا فباي طريق ياخذه حل بعد كونه
برضى بخلاف المستامن منهم عندنا لان ماله صار محظورا بالامان فاذا اخذه بغير الطريق المشروعة يكون غدرا
وبخلاف الزنا ان قيس عليه الربا لان البضع لا يستباح بالاباحة بل بالطريق الخاص اما المال فيباح بطيب النفس
واباحته وهذا لا يفيد لمعارضة اطلاق النصوص الا بعد ثبوت حجية حديث مكحول وقد يقال لو سلم
حجيته فالزيادة بخبر الواحد لا يجوز واثبات قيد زائد على المطلق من نحو لا تاكلوا الربا ونحوه هو الزيادة
فلا يجوز ويدفع بالقطع بان المطلقات تراد بمحلها المال المحظور لحق مالكه ومال الحربي ليس محظورا الا
لتوقي الغدر فجاز وهذا التقرير في التحقيق يقتضي انه لو لم يرد خبر مكحول اجازه النظر المذكور اعني كون ماله
مباحا الا لعارض لزوم الغدر الا انه لا يخفى انه انما يقتضي حل مباشرة العقد اذا كان الزيادة ينالها المسلم
والربا اعم من ذلك اذ يشمل ما اذا كان الدرهمان من جهة المسلم ومن جهة الكافر وجواب المسئلة بالحل
عام في الوجهين وكذا القمار قد يفضي الى ان يكون مال الخطر للكافر بان يكون الغلب له فالظاهر ان الاباحة
بقيد نيل المسلم الزيادة وقد الزم الاصحاب في الدرس ان مرادهم من حل الربا والقمار ما اذا حصلت الزيادة
للمسلم نظرا الى العلة وان كان اطلاق الجواب خلافه والله سبحانه اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

باب الحقوق

محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار **قوله** وان اشترى منزلا فوقه منزل لحاصل ما هنا ان الاسماء
ثلثة البيت والمنزل والدار فالبيت اصغرها وهو اسم لمسقف واحد جعل ليبات فيه فمنهم من يقتصر على
هذا ومنهم من يزيد له دهليز والجواب فيه ان علوه لا يدخل في بيعه يعني اذا باع البيت لا يدخل العلو
وان قال بكل حق له او بكل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لان العلو مثله في انه مسقف يبات فيه
والشي لا يستتبع مثله بل ما هو ادنى منه واورد المستعير له ان يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب
يكاتب عبده فاجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له ان
يملك ما ملك كذلك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار احق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من
اكسابه والمنزل فوق البيت دون الدار وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين او ثلثة ينزل فيها ليلا ونهارا وله مطبخ
وموضع قضاء الحاجة فيتاتى فيه السكنى بالعيال ضرب قصور اذ ليس له صحن غير مسقف ولا اصطبل الدواب
فلكونه البيت ونه صلح ان يستتبعه فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على

التنصيص عليه باسمه الخاص وهو ان يشتريه بكل قليل وكثير هو له فيه او منه او بكل حق له او
بمرافقه ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة والدار اسم لساحة ادير عليها الحدود وتشتمل على
بيوت واصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاستراح ومنافع الابنية للاسكان
ولا فرق بين كون الابنية بالتراب والما او بالخيام والقباب والعلو من توابع الاصل واجزائه
فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شرا الدار وكذا يدخل الكنيف الشارع والكنيف المستراح اما
الظلة وهي الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار والاخر على دار اخرى او على اسطوانات
في السكة ومفتحها في الدار المبيعة فعند ابي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قولنا
بكل حق هو لها او مرافقها او بكل قليل او كثير هو فيها او منها لانه اي الظلة بنا وبل الهوا باط مبني
على هوا الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار يدخل بلا ذكر زيادة لان مفتحها اذا
كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع هذا في عرفهم اي في عرف اهل مكة اما في عرفنا يدخل
العلو من غير ذكر في الفصول كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو او منزلا كذلك لان كل مسكن يسمى
خانه في بلاد العجم فله علو سواء كان صغيرا كالبيت او غيره الا دار السلطان تسمى سراي **قوله** ومن
اشترى بيتا في دار او منزلا فيها او مسكنا فيها لم يكن له الطريق في هذه الدار الى ذلك المشترى الا
ان يشتريه بكل حق او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا انه
من التوابع فيدخل بذكر التوابع وفي المحيط المراد بالطريق الخاص في ملك انسان فاما طريقها الى
سكة غير نافذة والى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق كسيل الما او القا الثلج في ملك
انسان خاصة قال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة او مسيل ماها في دار اخرى لا يدخل
من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا ان تعليله بقوله لانه ليس
من هذه الدار يقتضي ان الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب فالحق ان كلامهما
لا يدخل لانه وان كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيا معينا منها فلا يدخل
ملك البايع او ملك لاجنبي الا بذكره ثم قال فان قال البايع ليس للدار المبيعة طريق في دار اخرى
فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له ان يردها بالعيب وكذلك لو كان تحد وع دار اخرى
على الدار المبيعة فان كانت للبايع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كان بمنزلة العيب وكذا لو ظهر في الدار
المبيعة طريق لدار اخرى او مسيل ما فان كانت تلك الدار للبايع فلا طريق له في الدار المبيعة لانه
باعها من غير استثنا وان كانت لغير البايع كان بمنزلة العيب وقوله بخلاف الاجارة متصل بقوله
لم يكن له الطريق يعني في الاجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لان المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع
بغير دخول هذه الاشيا والبيع ليس كذلك فان المقصود في الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع
بعينها عينا بل اما الذلك او ليتجر فيها او ياخذ نقضها فلم يتعين فائدة للبيع فلا يلزم ولهذا جاز بيع
الجحش كما ولد وان لم ينتفع به في الحال وكذا الارض السبخة ولا تصح اجارة ذلك وفي الكافي ولهذا
لو استاجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح
ولو استحق العلو ثم اجيز البيع صح لان القضا بالاستحقاق لا يوجب انفساخ البيوع الماضية في ظاهر
الرواية ولا شي لصاحب ساحة العلو من الثمن لانه بمقابلة المبيع والمبيع البنا لا الساحة لا حصة في

الهوا فان قيل ما ذكرتم يشكل في القسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماء في ذلك فالقسمة فاسدة فعلى قياس ما ذكرتم في الاجارة ينبغي ان يدخل الطريق والمسيل وان لم يذكر الحقوق تحريا لجواز القسمة كما اذا دخلتموها تحريا لجواز الاجارة • اجيب بان الفرق بينهما ان موضع الشرب ليس مما تناولته الاجارة وانما يتوسل به الى الانتفاع والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالاجرة وهذا بالانتفاع اما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لانهما كانا داخلين في ملك المشترك فموجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه فلو استثني لاحدهما حقا في نصيب الاخر تضرر به الاخر ولا يجوز الاضرار دون رضاه وانما دليل الرضى اشتراط الحقوق والمرافق واعلم انه اذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكنه احداث طريق فيما اشتراه وتسييل مائه فيه لم يلزمه ذلك وكان له الطريق والمسيل وفي القسمة اذا ذكر الحقوق وامكنه الطريق والتسييل فيما اصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيما اصابه فطولب بالفرق والفرق ان البيع ايجاد الملك من العدم لقصد الانتفاع به وان لم يكن فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقا والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه احد اذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم تكن حاجة الى القسمة وانما يتم هذا اذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان الا برضى صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق • والله اعلم •

• باب الاستحقاق •

حق هذا الباب ان يذكر بعد تمام ابواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه **قوله** ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل فان كان ببينة استحق ولدها معها فان اقر بها ان كان وان كان بمجرد اقرار المشتري له بها لا يستحق الولد بذلك ووجه الفرق ان البينة حجة مطلقة اي ثابتة في حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضي عليه فانها كاسمها مبينة لما كان ثابتا في نفس الامر قبل الشهادة به لان الشهود لا يتمكنون من اثبات ملك في الحال لم يكن ثابتا في الاصل ولا القاضي وانما تظهر البينة ما كان ثابتا قبله قبلية لا تقف عند حد معين ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الاخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة لانه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى احد منهم انه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشتري الاخير كما لو ادعت في يد الاخير انها حرة الاصل حيث يرجعون فالولد كان متصلا بها في الزمان الذي ينصحب عليه اظهار البينة الملك فيكون للام الا الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا تتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك تحصل باثباته في الحال والولد في الحال ينفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضي انه لو ادعاه المقر له لا يكون له • وذكر التمرتاشي انه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر انه له واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فيقضي القاضي بالام فهل يدخل في القضا فيصير هو ايضا

مقضيا به قيل نعم تبعا كما ان ثبوت استحقاقه تبعا وقيل لا بل يشترط القضا بالولد ايضا لانه اصل يوم القضا لانفصاله واستقلاله ولا بد من الحكم به وهو الاصح من المذهب قال المصنف وعليه تنبني المسائل التي ذكرها محمد رحمه الله فان محمدا قال اذا قضى القاضي بالاصل ولم يعلم بالزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا اذا كانت الزوائد في يد غايب لم تدخل تحت الحكم لم يدخل القضا على الغايب في ضمن القضاء على الحاضر وهو امر جاز يعرف انه يشترط القضا بالولد بخصوصه ثم ذكر في النهاية ان القضا باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البايع ولكن يوجب توقفه على اجازة المستحق وتبعه الجماعة فاعترضه شارح بان غاية ما في الباب ان يكون بيع فضولي يعني بايع المشتري الذي قضي عليه بالاستحقاق وفيه اذا وجد عدم الرضى ينفسخ العقد واستدل بما في الفتاوي الصغرى اشترى شيئا ثم استحق من يده ثم وصل الى المشتري يوما لا يؤمر بالتسليم الى البايع لانه وان جعل مقرا بالملك للبايع لكن بمقتضى الشرا وقد انفسخ الشرا بالاستحقاق فينفسخ الاقرار ثم قال لا جرم لو اشترى عبدا وقد اقر نصا على انه ملك البايع ثم استحق من يد المشتري ورجع بالثمن على البايع ثم وصل اليه يوما يؤمر بالتسليم الى البايع لان اقراره بالملك له لم يبطل ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى • وما ذكره صاحب النهاية هو المنصور وقوله اثبات الاستحقاق دليل عدم الرضى ان اراد دليل عدم الرضى بالبيع فليس بلازم لم لا يجوز ان يكون دليل عدم الرضى بان يذهب من يده مجانا وذلك لانه لو لم يدع الاستحقاق ويثبته استمر في يد المشتري من غير ان يحصل له عينه ولا بدله فاثباته ليحصل احدهما اما العين واما البدل بان يجيز ذلك البيع ويصل الثمن اليه فظهر ان اثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضى بالبيع بل المحقق انه ملزوم لعدم الرضى بذهابه وذهاب بدله عنه واما ما استوضح به من الفتاوي الصغرى فليس مفيدا له لان المذكور فيها استحق من يده ثم وصل اليه ومعنى هذا انه اخذ عينه من يد المشتري ثم وصل اليه ولا شك انه اذا اتصل باثبات الاستحقاق اخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد ان يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضى بالبيع والالم ياخذ واجازه فاين هذا من مجرد اثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا اله غيره ولا مرجو الا خيره وفي الذخيرة مما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق ان استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على اجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى • واعلم ان المنقول في ان البيع متى ينفسخ اقوال قيل اذا قبض المستحق وقيل بنفس القضا والصحيح انه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بايعه بالثمن حتى لو اجاز المستحق بعد ما قضي له او بعد ما قبضه قبل ان يرجع المشتري على بايعه يصح وقال شمس الائمة الحلواني الصحيح من مذهب اصحابنا ان القضا للمستحق لا يكون فسخا للبياعات ما لم يرجع كل على بايعه بالقضاء وفي الزيادات روي عن ابي حنيفة انه لا ينتقض ما لم ياخذ العين بحكم القاضي وفي ظاهر الرواية لا ينفسخ ما لم يفسخ وهو الاصح انتهى ومعنى هذا ان يتراضيا على الفسخ لانه ذكر فيها ايضا اذا استحق المشتري فاراد المشتري نقض البيع من غير قضا ولا رضى البايع ليس له ذلك لان احتمال اقامة البينة على النتاج من البايع او على تلقي الملك من المستحق ثابت الا اذا قضى القاضي عليه بالعجز فينفسخ المستحق فانه هو المالك نعم لا شك في انه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد ان قضي للمستحق

واخذ المبيع واستمر غير مخبر انه يفسخ فان سكوته بعدًا لاخذ عن الاجازة قدر ما يتمكن فيه من الاخبار
ولم يجز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع **قوله** ومن اشتري عبدا اي اشترى انسانا قال له اشترني
فاني عبد فاذا هو حر اي فظهر انه حر ببينة اقامها فان كان البايع حاضرا او غايبا غيبة معروفة اي يدري
مكانه لا يرجع على العبد بشيء من الثمن الذي قبضه بايعه للتمكن من الرجوع على القابض وان كان البايع
لا يدري اين هو رجع المشتري على العبد بما دفع الى البايع من الثمن ورجع العبد على بايعه بما رجع المشتري
به عليه ان قدر وانما يرجع العبد على البايع مع انه لم يامره بالضمان عنه لانه ادى دينه وهو مضطر
في ادايه بخلاف من ادى عن اخر دينا او حقا عليه بغير امره وليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به والتقييد
بالقيدين لانه لو قال انا عبد وقت البيع ولم يامره بشرايه او قال اشترني ولم يقل اني عبد لا يرجع عليه
بشيء ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا وقد كان قال له ارتهني فاني عبد الراهن لم يرجع عليه اي على العبد
على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا او غايبا يعرف مكانه او لا يعرف وهذا ظاهر الرواية عنهم وعن ابي
يوسف انه لا يرجع فيهما اي في البيع والرهن لان الرجوع بالمعاوضة وهي المبايعة هنا او بالكفالة وليس
واحد منهما ثابتا هنا بل الثابت ليس الا مجرد الاخبار كاذبا فصار كما لو قال اجنبي للمشتري ذلك وكقول العبد
ارتهني فاني عبده وهي المسئلة المذكورة ثانيا ولهما ان المشتري شرع في الشرا معتمدا على امره واقراره
فكان مغرورا من جهته والتغرير في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا
للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا الدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البايع ولا تعذر الا بما
لا يعرف مكانه كالمولى اذا قال لاهل السوق بايعوا عبدي فاني قد اذنت له فعملوا ثم ظهر استحقاق
العبد فانهم يرجعون على المولى بقيمة العبد ويجعل المولى بذلك ضامنا الدرك ما ذاب عليه دفعا
للغرر عن الناس بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز
الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفا للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم
فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضامنا لانه ليس تغريرا في عقد
معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لاخر وقد سال الدعز امن هذا الطريق فقال اسلكه فانه امن فسلكه
فنهب ماله لا يضمن وكذا لو قال كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فاكله فمات غير انه يستحق عند الله
عذابا لا يطاق وبخلاف الاجنبي لانه لا يعبؤ بقوله فالرجل هو الذي اغتر قال المصنف ثم في وضع
المسئلة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة لان الدعوى اي دعوى الحرية شرط في القضا ببينتها والدعوى
لا تصح من هذا العبد للتناقض فان دعواه الحرية يناقض تصريحه برقه **فاجيب** من جهة بعض المشايخ
بان هذه الدعوى ان كانت بحرية الاصل فالدعوى ليست بشرط عنده كقولهما في دعوى الحرية مطلقا
لتضمنه تحريم فرج امه على السيد وتحريم اخواتها وبناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى والدعوى ليست
شرطا في حقوق الله تعالى كما في عتق الامة حتى ان الشهود يحتاجون في شهادتهم الى تعيين الام والحرمات
لا تحتاج في القضا بها الى الدعوى واذا لم يحتج الى الدعوى لا يضر التناقض فيها وقيل هو اي الدعوى شرط
مطلقا في حرية الاصل ودعوى الاعتاق في الكافي والصحيح ان دعوى العبد شرط عند ابي حنيفة
في حرية الاصل والعتق العارض لكن التناقض في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها اما في حرية
الاصل فلخفا حال العلوق فانه يسبي مع امه او بعدها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر

بالرق ثم تظهر له حرية امه فيدعي الحرية وفي الاعتاق العارض فلان المولى يتفرد به ولا يعلم العبد فيقر
بالرق ثم يعلم فيدعيه والتناقض في دعوى ما فيه خفا يعذر فيه وصار كالمختلعة تقيم البينة على تطليق
الزوج اياها ثلثا قبل الخلع فانها تقبل وكذا المكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة تقبل مع ان اقدامهما على
سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق لم يضر بهما التناقض للخفا فترجع المراة والمكاتب ببدل
الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي اصل في الاستحقاق وهي رجل اشترى من
اخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق قال هذا القميص لي واثبته بالبينة فالمشتري لا يرجع
بالثمن على البايع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البايع لانه لو كان ملكه في الاصل انقطع بالقطع والخياطة
كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضمان والاصل ان الاستحقاق
اذا ورد على ملك البايع الكاين من الاصل يرجع عليه وان ورد على المشتري بعد ما صار الى حال لو كان
غصبا ملكه به لا يرجع على البايع لانه منتف الكذب ولهذا لو اشتريها منذ شهرين فاقام رجل بينة انها له
منذ شهر يقضي بها له ولا يرجع هو على بايعه وعرفان المعنى ان يستحقه باسم القميص ولو كان اقام البينة انه
كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق
ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فاقام البينة
اخر ان الراس والاطراف واللحم والجلد له فقضي بها رجع المشتري على بايعه لان هذا استحقاق عين الشاة
قوله حقا في دار اي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار الا ذراعا لم يرجع
على الذي صالحه بشيء لتمكنه من ان يقول مرادي من الحق الذي ادعيته او الحق الذي ادعيه هذا
الباقي ولو كان ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء رجع بحسابه لان التوفيق هناك غير ممكن فوجب الرجوع
ببدله عند فوات سلامته وذلت المسئلة على امرين احدهما ان الصلح عن مجهول على معلوم جايز لان
الابرا عن المجهول جايز عندنا لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة والاخر ان صحة الدعوى
ليست شرطا في صحة الصلح لان دعوى الحق غير صحيحة لجهالة المدعى به ولذا لو اقام به بينة لا تقبل اما اذا
ادعى اقرار المدعى عليه بالحق قبلت البينة **فروع** اشترى شيا ثم قال هو ملك فلان وصدقه
او ادعاه فلان وصدقه هو وانكر فحلف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البايع بخلاف الوكيل بالبيع
اذا رد عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لان النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول اذ لم يعلم
عيبه ولا سلامته ولو اقام المشتري بينة على انه ملك فلان لا تقبل لتناقضه فان اقدامه على الشرا
اقرار منه بملك البايع فاذا ادعاه لغيره تناقض بخلاف ما لو برهن على اقرار البايع انه ملك فلان تقبل
لعدم تناقضه وبخلاف ما لو برهن على انها حرة الاصل وهي تدعي ذلك او انها ملك فلان وهو اعتقها
او دبرها او استولدها قبل شراها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البايع لان التناقض في دعوى الحرية
وفروعها لا يمنع صحة الدعوى باع عقارا ثم برهن ان ما باعه وقف لا تقبل لان مجرد الوقف لا يزيل
الملك بخلاف الاعتاق ولو برهن انه وقف محكوم بلزومه قبل ولو برهنت امة في يد المشتري الاخر
انها معتقة فلان او مدبرته او ام ولده يرجع الكل الى من كان قبل فلان اشترى شيا ولم يقبضه حتى ادعى
اخر انه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبايع لان الملك للمشتري واليد للبايع ببيعهما فيشترط
القضا عليهما حضورهما ولو قضي له بها بحضرتهما ثم برهن البايع او المشتري على ان المستحق باعها من البايع

ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لانه تقرر القضا الاول ولا ينقضه ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البايع ان المستحق باعها منه يا خذها وتبقي له ولا تعود البيع المنتقض ولو قضي للمستحق بعد اثباته بالمستحق ثم برهن البايع علي بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقي الامة للبايع عند ابي حنيفة ولم يكن له ان يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده. ولو استحقت من يد مشتر فبرهن الذي قبله علي بيع المستحق من بايع بايعه قبل لانه خصم. ولو برهن البايع الاول ان المستحق امره ببيعها وهلك الثمن في يده تقبل ولو استهلكه اورده لا يقبل ولو اقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك اقام المستحق البينة واثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له ان يرجع علي بايعه لان القضا وقع بالبينة لا بالاقرار لانه محتاج الي ان يثبت بها ليمكنه الرجوع علي بايعه هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوي الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه. وذكر في باب ما يكون اقرارا من المدعي عليه من فتاواه المدعي لو اقام بينة علي دعواه ثم اقر المدعي عليه بالملك فالقاضي يقضي بالاقرار لا بالبينة لان البينة انما تقبل علي المنكر لا المقر وذكر في اخر كتاب الدعوي ادعي عينا في يد رجل وانكر المدعي عليه فاقام بينة علي ما ادعا فقبل ان يقضي القاضي للمدعي ببينته اقر المدعي عليه بالعين للمدعي يقضي بالبينة او بالاقرار اختلف فيه المشايخ بعضهم قالوا بالاقرار وبعضهم قالوا بالبينة لان المدعي حين اقام البينة كان المدعي عليه منكرا واستحق المدعي القضا بالبينة فلا يبطل هذا الاستحقاق باقراره قال والاول اظهر واقرب الي الصواب وهو نقض ما ذكره في باب دعوي الدين الا ان يخص ذلك بعارض الحاجة الي الرجوع وقصد القاضي الي القضا باحدي الحجتين بعينها فيتحصل انه اذا ثبت الحق بالبينة والاقرار ينبغي علي ما جعله الاظهر ان يقضي بالاقرار وان سبقه اقامة البينة غير ان القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم الي ذلك ينبغي ان يعتبر قضاها ليندفع الضرر عنه بالرجوع. ولو قضي بالاستحقاق وطلب المشتري الثمن من البايع فرده اليه ثم ظهر فساد القضا فليس للمشتري ان يسترد المستحق من البايع لثبوت التقايل ولو لم يترادا ولكن القاضي قضي للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضا يظهر فساد الفسخ ولو احب البايع ان يامن غايلة الرد بالاستحقاق فابراه المشتري من ضمان الاستحقاق بلا ارجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابرا لا يصح تعليقه بالشرط قالوا والحيلة فيه ان يقر المشتري ان بايعي قبل ان يبيعه مني اشتراه مني فاذا اقر علي هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لانه لو رجع علي بايعه فهو ايضا يرجع عليه باقراره انه بايعه منه. والله سبحانه وتعالي اعلم.

فصل في بيع الفضولي

مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوي الاستحقاق يتضمن دعوي الفضول علي احسن الوجوه لانه يتضمن اما دعواه ان بايعك باع مالي بغير اذني لغصبه او فضوله واحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله. والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يامر بالمعروف انت فضولي يخشي عليه الكفر **قوله** ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك واحمد وقال الشافعي لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالملك او باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية وصار كبيع الابق والطير في الهوا في عدم القدرة علي التسليم وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية وقال

عليه الصلوة والسلام لحكيم بن حزام لا تبع فيما ليس عندك قلنا المراد البيع الذي يجري فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ او المراد ان يبيعه ثم يشتريه فيسلمه حكم ذلك العقد وذلك غير ممكن لان الحادث يثبت مقصورا علي الحال وحكم ذلك السبب ليس هذا بل ان يثبت بالاجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزوايده المتصلة والمنفصلة وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم يا رسول الله ان الرجل ياتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فابيعها منه ثم ادخل السوق فاشتريها فاسلمها فقال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وقال الكرخي ثنا ابراهيم بن موسي الجوزي قال حدثنا الحسن بن القزاز قال حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة سمعه من قومه عن عروة البارقي وثنا ابراهيم قال حدثنا ميمون الخياط قال ثنا سفين عن شبيب بن غرقدة الحسن عن عروة البارقي ان النبي صلي الله عليه وسلم اعطاه دينارا ليشتري اضحية فاشتري شاتين فباع احدهما بدينار وجاء بشاة ودينار فدعا النبي صلي الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشتري ترابا ربح فيه وروي انه صلي الله عليه وسلم دفع دينارا الي حكيم بن حزام ليشتري اضحية فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ثم اشتري شاة بدينار وجاء بالشاة والدينار الي النبي صلي الله عليه وسلم فاخبره بذلك فقال صلي الله عليه وسلم بارك الله لك في صفقتك فاما الشاة فضح بها واما الدينار فتصدق به وقولك لا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان اردت لا انعقاد علي وجه النفاذ سلمناه ولا يضر وان اردت لا انعقاد علي وجه التوقف الي ان يري المالك مصلحة في الاجازه فيجيز فعله او عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل علي ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشتري من غير ضرر ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات اما تحقق ما ذكرنا فكون المالك يكفي مونة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحة منها ووصوله الي البدل المطلوب له المحبوب والمشتري وصوله الي الحاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع الم فقدها اذا كان مهما له والعاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصوله الثواب له اذا نوي الخير لله تعالي من الاعانة علي حصول الرفق لاخيه المسلم ولما كان هذا التصرف خيرا لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الاذن في هذا القدر ثابتا دلالة اذ كل عاقل ياذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشينه اصلا وبالعمومات توجب اعتباره وصار كالوصية من المديون المستغرق وباكثر من الثلث اذا كان المعقود عليه باقيا حيث توقف علي اجازة المستحق بالاجماع فهذا اصل القياس صحيح لا يقال فاذا ثبت الاذن دلالة ينبغي ان ينفذ العقد لانا نقول الثابت دلالة ما لا ضرر فيه وذلك هو الانعقاد موقوفا علي راي المالك فثبت هذا القدر فاما نفاذه بلا رايه ففيه اضراره اذ قد لا يريد بيعه فيثبت بخلاف بيع الطير في الهوا والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل فان الطير ليس بمملوك اصلا قبله وما ليس بمملوك لاحد لا يكون محلا للبيع وبيع الابق ينعقد فاسدا وهو عندنا مفيد للملك اذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بمال لحق الشرع فانه انزله كالمجنون فيما هو فيه وان كان عاقلا ادخح بتركه بذلك عن غيره وطلاق المراة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا علي اجازة وليه ولا علي اجارته بعد البلوغ بخلاف ما لو اشتري او رد

ج

او زوج امته فان هذه التصرفات تتوقف فيه على اجازة وليه او اجازته بعد البلوغ فان قيل
يجب ان يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك قلنا لا يلزم من عدم ترتبه في الحال عدمه مطلقا
بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف وعن هذا صح تعليق
الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع في الحال ولا انقطع بوقوعه فكان ينبغي ان يلغي لكن لما كان
بحيث يرجى صح وانعقد سببا في الحال مضافا او عند الشرط كقولنا هذا وقول المصنف تصرف تمليك
من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة في مثله بيانية اي تصرف هو تمليك وحركة
مبني اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولي تتوقف عندنا اذا صدرت وله مجيز
مجيز اي من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج او اسقاطا
حتى لو طلق الرجل امراة غيره او اعتق عبده فاجاز طلقت والعتق وكذا سائر الاسقاطات للديون
وغيرها فكان الاحسن ان يقول تصرف شرعي واما القياس على الفضولي بالشرا ففي شراء الفضولي تفصيل
ذكره في شرح الطحاوي وطريقه الخلاف وهو انه لو قال الفضولي بع هذا لفلان فقال المالك بعت
فقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس اما اذا قال الفضولي اشتريت
هذا لاجل فلان فقال بعت او قال المالك ابتداء بعت منك هذا العبد لاجل فلان فقال اشتريت
نفذ على الفضولي غير متوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري فلا يتوقف لانه اضيف
اليه ظاهرا فلا حاجة الى ايقافه الى رضى الغير فقوله لاجل فلان فلا يحتمل لاجل شفاعة فلان او رضا
بخلاف البيع لم يجد نفاذا **قوله** وله الاجازة اي للمالك اذا كان المعقود عليه باقيا وهو المبيع وكذا
المتعاقدان وهما الفضولي والذي خاطبه فلا بد من بقاء اربعة الثلثة المذكورة والمالك حتى لو مات
لا تصح اجازة الوارث كما سيذكر هذا فيما اذا كان الثمن دينا اي مما لا يتعين وهذا لان الاجازة تصرف
في العقد فلا بد من قيام العقد الذي هو مورد هذا التصرف وقيامه بقيام العاقدين والمعقود
عليه وانما لم يذكر المالك لانه ذكر ان الاجازة منه وهو فرع وجوده وفي الايضاح عقد الفضولي
في حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فاخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد في الانشاء من قيام
الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة
ولا يمكن ان ينتقل بعد الهلاك والمشتري ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه في
حال اهليته والبائع لانه يلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا يلزم الا حيا والمالك لان الاجازة
تكون منه لا من وارثه واذا اجاز المالك صار المبيع ملكا للمشتري والثمن مملوكا له امانة في يده اي
في يد الفضولي فلو هلك لا يضمنه كالوكيل فالاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة من حيث انه صار
بها تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشتري لو اشترى من الفضولي اذا اجاز المالك لا ينفذ
بل يبطل بخلاف الوكيل وهذا بسبب ان الملك البات اذا طرا على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي
يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت امة وطئها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقفا النكاح الى
اجازة الوارث لانه لم يطرا ملك بات للوارث في البضع لسطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه
من الولاد بخلاف نحو ابن العم وللفضولي اي في البيع ان يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو اجاز لا ينفذ لزوال
العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فيرجع

حقوق

٢٤٩

حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته
عليه بخلاف الفضولي في النكاح ليس له ان يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض اي ناقل عبارة فبالاجازة
تنتقل العبارة الى المالك فيصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر لتعلق الحقوق
وقد ثبت للمالك والولي حق ان يجيز وكذا بالفعل كان زوج امراة برضاها من غايب فقبل ان يجيز زوجها
اختها توقف العقد الثاني ايضا بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا ان يزوجه امراة فزوجه اختها
فان العقد الاول يبطل لطرو البات على الموقوف هذا الذي ذكرناه فيما اذا كان الثمن دينا فان كان عينا
بان باع الفضولي ملك غيره بعوض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك
الثمن العرض واذا اجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا للعرض من وجه
والشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض والذي تفيده الاجازة
انه اجاز للفضولي ان ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله وكانه قال اشتر هذا العرض لنفسك
وانقد ثمنه مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب او جارية فقيمته يصير
مستقرضا للجارية او الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما ثبت ضمنا
مقتضى لصحة الشرا فراعي فيه شرايط صحة المقتضى وهو الشرا لا غيره كالكفيل بالمسلم فيه اذا اداه من مال
نفسه يصير مقرضا حتى رجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثل في باب السلم وكذا فيما جعل بدله فكذا
هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشرا مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشرا
على المشتري اذا لم يضفه الى اخر ووجد الشرا النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من اخر فاما ان كان
كذلك فالشرا يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل
شيئا بغير امره كان ما اشتراه لنفسه اجاز الذي اشتراه له او لم يجزه اما اذا اضافه الى اخر بان قال للبايع
بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف وقوله ولو هلك
المالك لا ينفذ باجازة الوارث قدمنا الكلام فيه وهو بخلاف القسمة عند ابي حنيفة وابي يوسف
فان القسمة الموقوفة على اجازة الغايب الكبير جازت باجازة ورثته بعد موته استحسانا لانه لا فايدة
في نقض القسمة ثم الاعادة وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا تجوز بالاجازة ورثته هو القياس
والاستحسان مقدم ولو هلك المبيع قبل الاجازة قبل التسليم فلا ضمان على احد وان هلك بعده
فللمالك ان يضمن ايهما شاء البايع او المشتري وايهما اختار برئ الاخر من الضمان لتضمن التضمين تمليكا
فاذا ملكه من احدهما لا يتصور تمليكه من الاخر فان اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لان
اخذ القيمة كاخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن وان اختار تضمين البايع نظر
ان كان قبض البايع مضمونا عليه نفذ بيعه لان سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وان كان قبض
امانة وانما صار مضمونا عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لان سبب ملكه تاخر عن عقده وذكر محمد
في ظاهر الرواية انه يجوز البيع بتضمين البايع وهو محمول على انه سلمه اولا حتى صار مضمونا عليه ثم باعه
فصار كالمغصوب هذا اذا باعه بثمن دين فان كان بعين مما يتعين بالتعيين فهلك في يد البايع بطل
البيع فلا تلحقه اجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البايع للمشتري مثل العرض او قيمته ان كان قيميا
لانه قبضه بعقد فاسد ولو اجاز المالك في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول

ابي يوسف اولا وهو قول محمد رحمهما الله لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم
قيامه عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك **قوله** ومن غصب عبدا فباعه
واعتقه المشتري ثم اجاز مولى العبد البيع فالعتق جائز كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا
لكنهم اثبتوا خلافه مع زفر في بطلانه العتق وهذه من المسايل التي جرت المحاورة بين ابي يوسف ومحمد
حين عرض عليه هذا الكتاب فقال ابو يوسف ما رويت لك عن ابي حنيفة ان العتق جائز وانما رويت ان العتق
باطل وقال محمد بل رويت لي ان العتق جائز واثبات مذهب ابي حنيفة في صحة العتق لهذا لا يجوز
تكذيب الاصل الفرع صريحا واقل ما هنا ان يكون في المسئلة هنا روايتان عن ابي حنيفة قال الحاكم
الشهيد قال ابو سليمان هذه رواية محمد عن ابي يوسف ونحن سمعنا من ابي يوسف انه لا يجوز عتقه
ويجي ان شاء الله تعالى قالوا وقول محمد قياس وقول ابي حنيفة استحسان وجه قول محمد انه لا عتق
بلا ملك لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن ادم والموقوف لا يفيد الملك وقت العتق
ولو ثبت في الاخرة اي عند الاجازة اي ثبت مستندا او هو ثابت وقت العتق من وجه دون وجه والمصحح
للاعتاق الملك الكامل لما روينا من هذا الحديث وقد سلف تخريجه ولهذا اي لاجل ان الشرط الملك
الكامل لا يصح ان يعتقه الغاصب ثم يودي الضمان ولا المشتري بشرط الخيار للبايع ثم يجيز البايع البيع
وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من الغاصب
اذا ادى الضمان بعد ان باع وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولا الطلاق
في النكاح الموقوف حتى اذا اجيز لا يقع على المراة وكل من الطلاق والعتق في الحاجة الى الملك على السوا
وكذا اذا اجعل فضولي امر امراة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم اجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض
فان طلقت نفسها الان طلقت والا فلا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة
الملك ولا ضرر فيه على ما مر اول الباب فيثبت الاعتاق موقوفا مرتبا عليه ثم ينفذ بنفاذه ومطلق بفتح
اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبايع لان ذلك
ليس بتصرف مطلق اذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتا ولا موقوفا وقد يقرا بكسر اللام والفتح اصح
وموضوع لافادة الملك عن الغصب فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب اذا اعتق ثم ادى الضمان
على ان الغصب ليس سببا موضوعا لافادة الملك وانما ثبت الملك ضرورة اداء الضمان فهو
بعرضية ان يصير سببا لانه وضع سببا فيقتصر على ذلك ولهذا لا يتعدى الى الزوايد المنفصلة
بخلاف البيع اذا اجيز يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة واما بيع المشتري من الغاصب فانما
لا يصح منه لبطلان عقده بالاجازة فان بها يثبت الملك للمشتري باتا والملك البات اذا ورد
على الموقوف ابطله وكذا لو وهبه مولاه للغاصب او تصدق به عليه او مات فورثه فهذا كله
يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرؤ فيه
البات والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف وصار كاعتاق المشتري من الراهن
فانه يتوقف بالاتفاق على اجازة المرتهن او فك الرهن والجامع انه اعتاق في بيع موقوف وكاعتاق
الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ اذا قضى الدين واما عتق المشتري من الغاصب
اذا ادى الغاصب الضمان فنقول ينفذ كذا ذكره هلال الراي بن يحيى البصري او وقفه وهو من اصحاب

ابي يوسف فانه ذكر فيمن غصب ارضا فباعها فوقفها المشتري ثم ادى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال
ينفذ ووقفه على طريقة الاستحسان فالعتق اولى واما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف
وفي التفويض الموقوف فالاصل فيه ان كل تصرف جعل شرعا سببا لحكم اذا وجد من غير ولاية شرعية
فلم يستعقب حكمه ويوقف ان كان مما يصح تعليقه جعل معلقا والا احتجنا الى ان نجعله سببا
في الحال فاذا زال المانع من ثبوت حكم بوجود الاجازة ظهر اثره من وقت وجوده ولهذا ملك الزوايد
واما التفويض فيحتمل التعليق فجعلنا الموجود من الفضولي متعلقا بالاجازة فعندها يثبت التفويض
للحال لا مستندا فلا يثبت حكمه الا من وقت الاجازة واما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن ان يعتبر
في حال التوقف سببا لملك الطلاق بل لملك المتعة المستعقب له اذا ثبت وهذا لانه لا يثبت
لاجل صحة الطلاق مقصودا لان شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة
فلا يثبت ذلك الا بناء على ثبوت المقصود ولا هو منتف هنا فلو ثبت لكان لتبين الاصحة وقوع الطلاق
بخلاف ملك التمر فانه يجوز ان يثبت مقصودا لصحة الاعتاق والمراد من قوله صلى الله عليه
وسلم لا عتق الحديث النافذ في الحال وغاية ما يفيد لزوم الملك للمعتق وهو ثابت هنا
فانا لم نوقعه قبل الملك فحاصل الخلاف كما قال الامام القاضي يرجع الى ان بيع الفضولي لا ينعقد
في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الاعتاق لا في ملك فيبطل كما لو باعه
المشتري من الغاصب وعندهما يوجبه موقوفا لان الاصل اتصال الحكم بالسبب والتاخير لدفع الضرر
عن المالك والضرر في نفاذ الملك لا في توقفه وبعد فالمقدمة القائلة في الكلام محمد المصحح للاعتاق
الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن ان يستخرج من الدليل المذكور مع انه يحتاج الى ملك
كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك **قوله** فان قطعت يد العبد اي عند المشتري
من غاصبه وحاصل وجوه هذه المسئلة المذكورة ان من غصب عبدا فباعه فاما ان يعتقه المشتري
من الغاصب ثم يجيز المالك بيع الغاصب واما ان لا يعتقه ولكن قطعت يده او نحوه من الجراحات
الموجبة للارش فاخذ ارشها ثم اجاز المالك بيع الغاصب واما ان لا يكون احد هذين ولكن باعه
المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع واما ان لا يكون شي من ذلك
ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز وهي اربعة فروع تتفرع على اجازة بيع الغاصب فالها ما اذا
جاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهي التي فرغنا منها والثاني ما اذا اجاز بيع الغاصب
بعد ان جنى على العبد جناية فاخذ ارشها فان الارش يستحقه المشتري من الغاصب لان قطع يده
لا يمنع صحة الاجازة اذا لم يفت المقصود عليه بقطعها بخلاف موته فاذا لحقته الاجازة ظهر انه
قطع في ملكه فيستحق ارش يده لما ذكرنا من ان البيع موضوع سببا للملك بخلاف ما لو قطعت يده في
يد الغاصب ثم ادى الضمان فملك العبد فانه لا يكون له الزوايد لان الغصب لم يوضع سببا
للملك وانما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المنفصل
ثم يتصدق وهذا المشتري بما زاد من ارش اليد على نصف الثمن لانه اي ما زاد على نصف الثمن لم يدخل
في ضمانه لما ذكرنا ان اليد من الادمي نصفه والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن فما
زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لان ارش يد العبد نصف قيمته والحر نصف ديته وعسى

ان يكون نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لانه انما دخل في ضمانه بالثمن لا القيمة
وذكر المصنف وجها آخر وهو انه فيه شبهة عدم الملك لان الملك في الارش يثبت يوم القطع مستندا
الي يوم البيع وهو ثابت من وجه دون وجه وهو شبهة عدم الملك واورد عليه لو وجب التصدق لشبهة
عدم الملك في الزائد ينبغي ان يتصدق بالكل لان في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان
شبهة عدم الملك في الزائد ولو قيل شبهة عدم الملك انما تؤثر في المنع مع كونه لم يضمن الا بانضمام
دفع بان كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقا ولا حاجة الي زيادة شبهة عدم الملك اذ لا تفيد شيا
ووقع في الكافي الوجهين فقال ان لم يكن العبد مقبوضا واخذ الارش يكون الزائد على نصف الثمن
ربح ما لم يضمن لان العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ولو كان اخذ الارش بعد القبض ففيه شبهة
عدم الملك لانه غير موجود اي الملك حقيقة وقت القطع وانما يثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتا
من وجه دون وجه ولو كان المشتري من الغاصب اعتق العبد ثم قطعت يده ثم اجاز المولى بيع الغاصب كان
الارش للعبد قال المصنف وهذه اي هذه المسألة وفي بعض النسخ وهو حجة على محمد يعني كون الارش
للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه اعتاق المشتري من الغاصب اذا اجاز المالك بيع الغاصب فانه
اعتاق في ملك موقوف وهذا استحقاق ارش مملوك بملك موقوف قال والعذر له اي جوابه
بالفرق بان الملك من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده فاخذ ارشها ثم عجز فرد في
الرق فان الارش للمولى مع ان ملكه فيه حال الكتابة من وجه وكذا اذا قطعت يد العبد في يد المشتري
بالخيار للبايع ثم اجاز البايع البيع يكون الارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر حيث لا يكفي فيه الا الملك
من كل وجه. والثالث من الفروع ما ذكره بقوله فان باعه المشتري من اخر ثم اجاز المولى البيع الاول اي بيع
الغاصب لم يجز البيع اي بيع المشتري من الغاصب من الاخر لما ذكرنا يعني قوله لان الاجازة تثبت للبايع
ملكا باتا الي اخره ولان فيه غرر الانفساخ على عدم الاجازة في البيع الاول اي بيع الغاصب بخلاف
الاعتاق عندهما اي عند ابي حنيفة وابي يوسف فانه اي الاعتاق لا يؤثر فيه غرر الانفساخ بدليل
ان المشتري لو اعتق العبد قبل قبضه يجوز ولو باعه لا يجوز وقد روي عن ابي حنيفة انه يتوقف البيع
كما يتوقف الاعتاق واستشكل هذا التعليل بانه شامل لبيع الفضولي مطلقا غاصبا او غير غاصب اذ فيه
غرر الانفساخ على تقدير عدم الاجازة ومع ذلك ينعقد موقوفا وتلحقه الاجازة اجيب بان ههنا
معارضا لغرر الانفساخ مرجحا عليه وهو ما تقدم من تحقق المصالح المعدية والقاصرة من غير شائبة
ضرر وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لانه لم يملك المشتري الاول حتى يطلب مشتريا اخر فتجرد البيع الثاني
عرضة للانفساخ فلم ينعقد اصلا وانما وجب تقديم ذلك المعارض لانه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ
بلا اعتبار النفع لم يصح بيع اصلا لان كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات لجواز هلاك
المبيع قبل القبض فينفسخ فالمعتبر انما هو غرر الانفساخ الذي لم يشبه نفع وفرق العتابي بين هذا
بين اعتاق المشتري من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين بيع الغاصب وبيعه حيث لا ينفذ باجازة
بيع الغاصب بان العتق منه للملك فهو منه للملك حكما والمنهي للشيء من حقوقه فجاز ان يتوقف بتوقفه
والبيع ازالة له بلا انهاء فكان ضدا محضا لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينفذ بنفاذه والدليل
على الفرق بينهما ان المشتري اذا اعتق ثم اطلع على عيب يرجع بالنقصان ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع

والرابع ما ذكره بقوله فان لم يبعه المشتري ولكن مات في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا
ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات وهذا في الموت ظاهر واما بالقتل فلم يعتبر ايجاب
للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فتصح الاجازة كما في البيع الصحيح اذا قتل فيه العبد
قبل القبض فان البيع لا ينفسخ كما ينفسخ بالموت بل يجعل قيام بدله كقيامه فيتخير المشتري بين ان يجيز
البيع فيدفع الثمن ويرجع ببدل العبد على قاتله وان يفسخه فيصير الي البايع فدار الفرق بانه لا ملك
للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبدل لانه ملك موقوف والملك الموقوف لا يقابل بالبدل بخلافه
في البيع الصحيح **قوله** ومن باع عبد غيره بغير امره قوله بغير امره وان وقع في الجامع الصغير فليس من صور
المسألة بل صورتها باع عبد غيره من رجل فاقام ذلك المشتري بينة على اقرار البايع انه لم يامره مالكه ببيعه او اقام
على قول رب العبد ذلك واراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام
على الشراء دليل دعواه صحته وانه يملك بيعه ودعواه اقرار بعدم الامر يناقضه اذ هو دليل انه
لم يصح ولم يملك البايع البيع وقبول البينة يبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم يكن بينة
بل ادعى البايع بعد البيع ان صاحبه لم يامره ببيعه وقال المشتري امرك او ادعى المشتري عدم الامر
فادعى البايع الامر فالقول لمن يدعي الامر لان الاخر مناقض اذ اقدامه على البيع او الشراء دليل اعترافه
بالصحة وكذا ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الاخر ولذا ليس له ان يستحلفه لان الاستحلاف يترتب
على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره في شرح الزيادات بخلاف ما لو اقر البايع عند القاضي بذلك
حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولذا صح اقرار
بالشيء بعد انكاره اياه الا ان الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه
المشتري ينفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البايع والمراد
من فسخ القاضي انه يمضي اقرارهما اما ان الفسخ يتوقف على القضاء فلا وفرعها ان صاحب العبد
لو حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت امرته كان القول قوله لما ذكرنا
ان اقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البايع الثمن له ويكون المبيع للبايع لا
له ويسقط عن المشتري الثمن للامر في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يبقى في ذمة المشتري
للامر ويرجع على البايع بمثل الثمن بناء على ان الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند ابي حنيفة ومحمد
ويملك الاقالة بغير رضى الامر وعلى قول ابي يوسف لا يملك **قوله** وذكر في الزيادات الي اخره
صورة المسألة في الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشتري خصما لانه
يدعيها لنفسه فان اقر بها للمدعي امر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بايعه لان اقراره بها له لا يكون حجة على
البايع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضي عليه بالنكول لان نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقرار
فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب يحدث مثله باقراره لا يلزم الموكل وان رد عليه
بنكوله يلزمه كرده بالبينة لان المشتري مختار في النكول لانه امتنع عن اليمين مع وجود ما يطلق
له الحلف وهو البيع الذي هو ظاهر في الملك ولو كان مضطرا فلا اضطرار انما الحجة بعمل باشره بنفسه
فلا يظهر حكم نكوله في حق الغير اما الوكيل فمضطر في النكول اذ لم يوجد ما يطلق له الحلف فان عيب المالك
يخفى عليه عيب ملك المالك ولو قال المشتري انا اقيم البينة انها للمستحق لا ارجع على البايع لا تقبل البينة لانه

مناقض في دعواه لان اقدامه على الشراء اقرار منه بملك البائع وبصحة البيع ولهذه البينة ناقض وفرق
بين هذا وبين ما ذكر في الماذون رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم اقام البينة ان البائع باع العبد
قبل ذلك من فلان الغايب بكذا قبلت بينته مع انه مناقض ساع في نقض ما تم به والثانية ما روى ابن سماعة
عن محمد اذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم اقام الواهب بينة انه كان دبرها او استولدها [هما]
قبلت بينته يرجع على الموهوب له بالجارية والعقر وقيمة الولد مع انه مناقض ساع في نقض ما
تم به وفرق اما في مسئلة الواهب فبان تناقضه فيما هو من حقوق الحرية كالتدبير والاستيلاد
والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى وعندي ان هذا غير صحيح لان التناقض انما قبل في دعوى الحرية
لانها مما قد يخفى على المناقض المدعي لها بعد اقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا والاستيلاد
لا يخفى عليه فعل نفسه من استيلاده ووطئه فيجب ان لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببينة واما
في مسئلة الماذون فبانه لما اقام البينة على البيع من الغايب قبل البيع منه فقد اقامها على اقرار
البايع انه ملك الغايب لان البيع اقرار البايع بانتقال الملك الى المشتري ثم في مسئلة الاستحقاق
لو اقامها على اقرار البايع انها للمستحق قبلت لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على البايع باقراره وهو خصم
في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو اقرار البايع ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم
وهو يثبت هذا التصديق الخصم ويجوز ان تقبل البينة على اقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق كما
قال علماؤنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فاقام صاحب اليد البينة انه لفلان الغايب لا تقبل
بينته ما لم يدع الوصول اليه من جهة الغايب ولو اقامها على اقرار المدعي انه لفلان الغايب
تقبل وان لم يدع الوصول اليه من جهته وفرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسئلة الجامع
المذكورة في الدراية وهي انه لا تقبل بينة المشتري على اقرار البايع انه لم يامره كما لا تقبل على دعوى
انه لم يامره بانه وضع المسئلة في الجامع فيما اذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر
وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا حق الرجوع وفي الزيادات وضع
فيما اذا اخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع قال ولا يقال في مسئلة الماذون
المبيع في يد المشتري ومع هذا قبلت بينته لانا نقول ذلك محمول على ما اذا اخذ العبد من يده وهذا
هو فرق المصنف وهو منظور بان وضع مسئلة الزيادات ايضا في ان الجارية في يد المشتري كما سمعت
فالاولى ما ذكر في الفوايد الظهيرية عن بعض المشايخ ان مسئلة الجامع محمولة على ان المشتري اقام البينة
على اقرار البايع قبل البيع اما اذا اقام على اقراره بعد البيع ان رب العبد لم يامره بالبيع فتقبل لان اقدام
المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البايع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم
الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا ايضا فتقع المغنية عن التفرقة بين المسئلتين
انتهى وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البايع او رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض وفي الزيادات
على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة باع عبد غيره بلا امره ثم اشتراه
من مولاه ثم اقام البايع البينة انه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه او ورثه بعد البيع قال
محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول وفرع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو
قال المشتري للقاضي سل البايع ان الامة للمستحق او ليس له اجابه القاضي الى ذلك لانه يدعي انه

مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن باقراره فيسأله القاضي فان اقر بذلك الزمه الثمن وان انكر
وطلب المشتري تحليفه اجابه القاضي الى ذلك فمنهم من قال انما حلفه لانه ادعى عليه معنى لو
اقر به يلزمه فاذا جحد يستحلف كما في ساير الدعاوي فان قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لان شراءه
اقرار منه بصحته ودعواه انه ملك المستحق انكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته وكما لا تقبل البينة
الا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف الا بعد دعوى صحيحة دل عليه ما في الماذون اشترى عبدا شيئا
ثم قال انا محجور وقال البايع ماذون فاراد العبد ان يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه
وان اقر به البايع يلزمه وذكر في الجامع ان المشتري لو اراد استحلاف البايع الله ما بعته من فلان
قبل ان تبيعه مني لم يكن له ذلك وان اقر به البايع يلزمه والجواب ان في مسئلتنا المشتري غير
مناقض من كل وجه لانه لا ينكر العقد اصلا ولا الثمن فان بيع مال الغير منعقد وبدل المستحق مملوك
وانما ينكر وصف العقد وهو اللزوم وبعد الاقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون
وجه فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعله مناقضا في حق اليمين ليكون عملا بهما والعمل على
هذا الوجه اولى لان البينة حجة متعدية فلو لم نجعله مناقضا في حقها يلزمنا ان لا نجعله مناقضا
في حق اليمين بطريق الاولى بخلاف مسئلة الماذون لان العبد منكر لحكم العقد اصلا لان شراء المحجور
لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه وبخلاف مسئلة الجامع لان ثمة المبيع في يد المشتري
فلا يكون له حق الخصومة وعلى هذا على طريقة الموافقة للمصنف في الفرق قال ولو لم يستحق
الجارية ولكن ادعت انها حرة الاصل فان اقر المشتري بذلك او استحلف فنكل وقضى القاضي
بحريتها لم يرجع المشتري على البايع اما حرية الجارية فلانها كانت له من حيث الظاهر فصح اقراره ولا
يرجع على البايع لان نكوله واقراره حجة عليه دون غيره ومنهم من قال قوله فاستحلف فنكل غلط
من الكاتب لان الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول ابي حنيفة وعندهما يجري الا ان اليمين
تكون على الامة فلا معنى لقوله فابى المشتري اليمين ومنهم من قال بل هو صحيح لان موضوع المسئلة
فيما اذا بيعت الامة وسلمت فانقادت لذلك فانقيادها كاقرارها بالرق فدعواها الحرية
كدعوى العتق العارض فيكون اليمين على المشتري لان الظاهر شاهد له فلو ان المشتري اقام البينة
على البايع انها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن ففرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين
احدهما انه ليس بمناقض في فصل الحرية لانه فيها يظهر ببينته انه اخذ الثمن بغير حق وذلك دين عليه
لان الحرية تنفي انعقاد العقد وملك العين للبايع فكانت البينة مظهرة ان اقدامه على الشراء لم يكن
اقرارا بانعقاد العقد فلا يتحقق التناقض اما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن
للبايع فلو قبلنا بينة المشتري انها للمستحق لا نظهر ببينته انها للمستحق لان اقدامه على الشراء اقرار بملك
الثمن للبايع ومع بقاء ذلك الاقرار يتحقق التناقض ويصير مكذبا شهوده وساعيا في نقض ما
تم به والوجه الثاني انه مناقض في الفصلين الا ان هذا تناقض لا يحتمل النقض فلا يمنع صحة
الدعوى كما لو تزوج امراة ثم اقامت البينة انها اخته من الرضاع او اقامت البينة انه طلقها
ثلاثا ثم تزوجها قبل ان تنكح زوجا غيره وكذا لو اعتق عبده على مال ثم اقام العبد البينة انه
اعتقه قبل ذلك قبلت واختلف اصحابنا فيمن باع ارضا ثم اقام بينة انه باع ما هو وقف منهم

من قال لا تقبل لانه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ومنهم من قال تقبل لانه لا يحتمل الفسخ بعد القضا
فصار بمنزلة التدبير ونحوه وذكر ابو بكر الرازي رحمه الله انما تقبل بينة المشتري انها حرة لانها شهادة
قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى حتى لو كان مكان الامة عبد على قول ابي حنيفة لا تقبل وعلى
قولهما تقبل لانها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى والتناقض يمنع الدعوى ولو ادعى
المستحق انها امته اعتقها او دبرها او ولدت منه فاقر المشتري بذلك او ابى اليمين وقضى عليه لا يرجع
على البايع بالثمن لما قلنا فان اقام المشتري البينة على البايع بذلك ان شهد الشهود على انه ذلك كان قبل
الشرا قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لانه يثبت ببينته انها لم تدخل في العقد فكان مدعيا للثمن فلا
يكون متناقضا فان شهدوا على ان ذلك كان بعد الشرا بينهما لا تقبل بينته لانها وقت العقد كانت
مملوكة محلا للعقد والاعتاق المتاخر لا يبطل الشرا السابق **قوله** ومن باع دار الرجل اي غصبه غيره
بغير امره وفي جامع فخر الاسلام معنى المسئلة اذا باعها ثم اعترف بالغصب بعدما ادخلها المشتري في بنائه
فكذبه المشتري لم يضمن البايع عند ابي حنيفة لمن اقر بالغصب منه وهو قول ابي يوسف اخرا وكان يقول
اولا يضمن وهو قول محمد وهي مسئلة غصب العقار هل يتحقق اولا عند ابي حنيفة لا فلا يضمن
وعند محمد نعم فيضمن **فروع** تتعلق بهذا الفصل باع الامة فضولي من رجل وزوجها منه
فضولي آخر فاجيزا معا يثبت الاقوى فتصير مملوكة لا زوجة ولو زوجاها كل من رجل فاجيزا بطلا
ولو باعاه كل من رجل فاجيزا تنصف بينهما ويخير كل منهما بين اخذ النصف او الترك ولو باع فضولي
وآجره آخر او رهنه او زوجه فاجيزا معا ثبت الاقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لان البيع اقوى وكذا
يثبت الهبة اذا وهبه فضولي وآجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير احق من غيرها لانها لازمة
بخلاف غيرها والاجارة احق من الرهن لافادتها ملك المنفعة بخلاف الرهن والبيع احق من الهبة
لان الهبة تبطل بالشيوع ففيما لا تبطل بالشيوع كهبة فضولي عبدا وبيع آخر اياه يستويان لان
الهبة مع القبض تساوي البيع في افادة الملك وهبة المشاع فيما لا ينقسم صحيحة فياخذ كل النصف
ولو تبايع غاصبا عرض لرجل واحد فاجاز المالك لم يجز لان فايدة البيع ثبوت ملك الرقبة والتصرف
وبما حاصلان للمالك في البدلين وبهذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الاجازة ولو غصبا
من رجلين وتبايعا واجاز المالكان جاز ولو غصبا النقدين من واحد وعقدا الصرف وتقابضا ثم
اجاز فلان النقود لا تتعين في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين مثل ما غصب وتقدم
ان المختار في بيع المرهون والمستاجر انه موقوف على اجازة المستاجر والمرتهن فلو وصل الى المالك
بوفاء الدين او الابراء او فسخ الاجارة او تمام المدة تم البيع ولو لم يجيزا فللمشتري خيار الفسخ
اذا لم يعلم وقت البيع بهما وان علم فكذلك عند محمد قيل وهو ظاهر الرواية وعند ابي يوسف ليس
له الفسخ اذا علم وقيل هو ظاهر الرواية وليس للمستاجر فسخ البيع بلا خلاف ولا للراهن والموجر
وفي المرتهن اختلاف المشايخ وفي مجموع النوازل بيع المغصوب موقوف ان اقر به الغاصب او كان للمغصوب
منه بينة عادلة فلو اجاز تم البيع والا فلا ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع وقيل لا ان اخذ
بدلا والاول اصح وروى ابن سماعة عن ابي يوسف وبشر عن محمد ان شرى المغصوب من غاصب جاحد
يجوز ويقوم المشتري مقام المالك في الدعوى وعن ابي حنيفة روايتان رجل غصب عبدا وباعه

ودفعه الى المشتري ثم ان الغاصب صالح المولى من العبد على شيء قال محمد ان صالحه على الدراهم والدنانير
كان كاخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب وان صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل
بيع الغاصب ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده وكذا شراؤه على اجازة
وليه والده او وصيه او جده او القاضي وكذا الذي بلغ سفيها والمعتوه وكذا بيع المولى عبده المأذون
المديون يتوقف على اجازة الغرما في الصحيح خلافا لمن قال فاسد فلو قبض المولى الثمن فهلك عنده ثم اجاز
الغرما بيعه صحت اجازتهم وهلك الثمن على الغرما وان اجاز بعضهم البيع ونقضه بعضهم بحضرة
العبد والمشتري لا تصح الاجازة ويبطل البيع ومنه بيع المريض عينا من وارث يتوقف على اجازة
الورثة او صحة المريض فان صح من مرضه نفذ وان مات منه ولم يجز الورثة بطل والله سبحانه اعلم

باب السلم

تقدم ان البيع ينقسم الى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم لانه اما بيع عين بثمن وهو المطلق
او قلبه وهو السلم او ثمن بثمن فالصرف او عين بعين فالمقايضة ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض
فيهما وشرط في الاخيرين ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض احدهما فقدم اتفاقا لا تدريج وخص
باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه اعني تسليم راس المال وكان على هذه التسمية الصرف
بالسلم اليق لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له
ويعرف مما ذكر ان معناه الشرعي بيع اجل بعاجل وما قيل اخذ عاجل باجل غير صحيح لصدقه على البيع بثمن
مؤجل وعرف ايضا منه انه ينعقد وعقده بلفظ البيع بان قال المسلم اليه بعتك كذا حنطة بكذا
الى كذا ويذكر باقي الشروط او بقول المسلم اشتريت منك الى اخره وفيه خلاف زفر وعيسى بن ابان
وصحة المذهب عنه عن الوجه لان العبرة للمعنى ومعنى اسلمت اليك الى كذا وبعتك الى كذا في المبيع
مع باقي الشروط واحد وان كان على خلاف القياس فذاك باعتبار امر اخر لا بامر يرجع الى مجرد اللفظ
وعرف ان ركنه ركن البيع وسبب شرعيته شدة الحاجة اليه وسيذكر المصنف شرايطه واما حكمه
فثبوت الملك للمسلم اليه في الثمن ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكاين في الذمة اما في العين فلا
الا بقبضه على انعقاد مبادلة اخرى على ما سيعرف والمؤجل المطالبة بما في الذمة ومعناه لغة
السلف فاعتبر في الشرعي كان الثمن يسلفه المشتري للبايع ليقضيه اياه وجعل اعطاء العوض للمسلم
اليه فيه قضا كانه هو اذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الهمزة في اسلمت اليك للسلب
بمعنى ازلت سلامة راس المال حيث سلمته الى مفلس ونحو ذلك بعيد ولا وجه له الا باعتبار المدفوع
هالكا وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة توايه عليه وليس الواقع ان السلم كذلك بل الغالب
الاستيفا **قوله** وهو يعني السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة اخرج الحاكم في
المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن قتادة عن ابي حسان الاعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما
اشهد ان السلف المضمون الى اجل مسمى قد احله الله في الكتاب واذن فيه قال الله تعالى يا ايها الذين
امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه الاية وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني
وابن ابي شيبة وعزاه بعض متاخري المصنفين الى البخاري وهو غلط فانه لم يخرج في صحيحه لابي حسان
الاعرج واسمه مسلم والمصنف ذكر لفظ الحديث احل السلف المضمون قال المشايخ المراد بالمضمون

المؤجل بدليل انه في بعض روايته السلف المؤجل وعلى هذا فهي صفة مفرزة لا مؤسسة ويكون ما
روي المخرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون الى مؤجل جمعا بين مفردين وقوله مسمى اي معين وكذا
بالسنة الا ان لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة وهو انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم وان كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على انه عليه بهذا اللفظ قيل
والذي يظهر انه حديث ركب من حديث النهي عن بيع ما ليس عند الانسان رواه اصحاب السنن الاربعة
عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع الى ان قال ولا تبع ما
ليس عندك قال الترمذي حسن صحيح وتقدم والرخصة في السلم رواه الستة عن ابي المنهال عن ابن
عباس قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والسنتين والثلث فقال
من اسلف في شي فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل وفي البخاري عن عبد الله بن ابي اوفى
قال انا كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر وعمر رضي الله عنهما في الحنطة
والشعير والتمر والزبيب ولا يخفى ان جوازه على خلاف القياس اذ هو بيع المعدوم وجب المصير اليه بالنص
والاجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري فان المشتري يحتاج الى الاسترباح لنفقة عياله وهو
بالسلم اسهل اذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري والبائع قد يكون له حاجة في
الحال الى الثمن وقدره في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية الى قدرته المالية فلهذه
المصالح شرع ومنع بعض من نقد الهداية قولهم السلم على خلاف القياس لانه بيع المعدوم قال بل هو
على وفقه فانه كالابتياع بثمن مؤجل واي فرق بين كون احد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الاخر
بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس قال وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القران ابن عباس
من الاية ثم قال بعد كلام اندفع فيه فالحاصل ان قياس السلم على الابتياع بثمن مؤجل اصح من قياسه
على بيع المعدوم الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كساير الديون المؤجلة واطال
كلاما وحاصله مبني على اعتقاد ان القوم قاسوا السلم على بيع المعدوم فيكون على خلاف القياس
وان قياسه على الثمن المؤجل اولى به وليس كلامهم هذا بل انه هو نفسه بيع المعدوم فهو على خلاف
القياس الا حل فيه وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله عادة ليس معتبرا في مفهوم السلم عندهم
بل هو زيادة من عنده وقوله اي فرق الى اخره يفيد انه على وفق القياس وكلامه يفيد الاعتراف
بكون بيع المعدوم على خلاف القياس ثم الفرق ظاهر وهو ان المبيع هو المقصود من البيع والمحل
لوروده فانعدامه يوجب انعدام البيع بخلاف الثمن فانه وصف يثبت في الذمة مع صحة البيع
فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لان الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين
الثمن وليس في كلام ابن عباس ما يفهم انه رآه على خلاف القياس وكونه فيه مصلحة الناس لا ينفي
انه على خلاف القياس بل لاجل هذه المصلحة شرع وان كان على خلاف القياس قال المصنف رحمه الله
والمراد بالموزونات اي التي يجوز السلم فيها غير الدراهم والدنانير اما الدراهم والدنانير
فان اسلم فيها دراهم او دنانير فلا اتفاق انه باطل وان اسلم غيرهما من العروض كحنطة او ثوب
في عشرة دراهم او دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق لان المسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا والنقود اثمان
فلا يكون مسلما فيها واذا لم يصح سلما فهل ينعقد بيعا في الكر والثوب بثمن مؤجل او يبطل رأسا حكى

المصنف

المصنف فيه خلافا قيل يبطل وهو قول عيسى بن ابان وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل وهو قول
ابي بكر الاعمش وجعل المصنف وغيره قول عيسى اصح لان تصحيح العقد انما يكون في المحل الذي اوجب
المتعاقدان البيع فيه لا في غيره وهما لم يوجباه الا في الدراهم ولا يمكن تصحيح العقد باعتبارها بل
باعتبار الثوب ولم يوجباه فيه فكان في غير محله الا ان الاول عندي ادخل في الفقه لان حاصل
المعنى الصادر بينهما اعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه الى الاخر بدراهم مؤجلة وهذا من
افراد البيع بلا تاويل اذ هو مبادلة المال بالمال بالتراضي وكونه ادخل الباء على الثوب لا يقدح
في ان الواقع بينهما هو هذا المعنى وفيه تصحيح تصرفهما وادخال الباء على الثوب كادخالها على الثوب
المقابل بالخمر فيما اذا اشترى خمرا بثوب فانه لا يبطل بل يفسد وان كان يقتضي ان المبيع هو الخمر
وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما امكن **قوله** وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها
بذكر الذرع اي عدد الذرع والصفة والصنعة ولا بد منها اي من هذه الثلثة للضبط الذي
هو شرط الصحة وعرف من تعليله هذا ان شرط صحة السلم كون المسلم فيه مضبوطا على وجه
يمكن تسليمه من غير افضاء الى المنازعة ولهذا اجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب
والبسط والحصر والبواري اذا بين الطول والعرض وفي الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن
في الثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف
الوزن فان الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته والحرير كلما خف زادت انتهى وهذا في عرفهم
وفي عرفنا ثياب الحرير ايضا وهي المسماة بالكمخا كلما ثقل ازدادت القيمة فالحاصل انه لا
بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل او بالخفة فان قيل ينبغي ان لا يصح السلم
في غير المكيل والموزون لانه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المفيد لشرعيته الا
الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما لا يقال السلم مخصوص من عموم لا تبع ما ليس عندك
ودليل التخصيص جاز ان يعلل ويلحق بالمخرج وغيره به لانا نقول ذلك مقيد بما اذا لم يخالف
حكم دليل التخصيص القياس لاتفاق كلهم على ان ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره فالجواب
ان شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تقييد المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك
الواقع في سياق النهي وهو لا تبع مطلق بالنسبة الى ذكر الاجل فيما ليس عنده وعدمه وشرعية
السلم تقييد له بما اذا لم يذكر الاجل في المبيع اما اذا ذكر الاجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لا
بعضه ليكون تخصيصا بما ليس عنده بل كل ما ليس عنده بلا ذكر اجل على عمومه في منع البيع وكله
مع ذكره مخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته كما ان عنده ايضا لا يجوز بيعه غير سلم مع
جهالته وعدم ضبطه فالحاصل ان كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه باجل ولا يجوز بلا اجل
وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا امرا بخصوصهما على تقدير السلم
بل حاصله امر بتعيين الاجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة
يدل عليه سياق الحديث وهو انه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار
السنة والسنتين والثلث فقال من اسلم في شي يعني من هذه الثمار فليكن الى اجل معلوم
وفي كيل معلوم ثم انه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصار على الكيل فان سبب

شرعية بيع ما ليس عنده الحاجة الى الاسترباح والتوسعة على المقل الراجي فانبط بمظنة ذلك
من الاقدام على اخذ العاجل بالآجل واعطايه وشرط الضبط لدفع المنازعة وللقدرة على
التسليم ولذا اجمعوا على عدم الاقتصار على المكيل والموزون للقطع بان سبب شرعيته لا تختلف
وهو الحاجة الماسة الى اخذ العاجل بالآجل وهي ثابتة من الفرازين اي الحياك في المزروع
كما في اصحاب المكيلات والموزونات يفهم ذلك كل من سمع سبب الشرعية المنقول في اثناء الحديث
سواء كان له رتبة الاجتهاد او لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المذروعات بالدلالة على
دلالة النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها. فان قيل في المذروعات مانع وهو ان الضبط
بالذرع دونه بالكيل والوزن فلا يلحق بهما. فالجواب حينئذ ان قلت الذرع لا يضبط القدر
كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح بل الذرع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه والاختلاف
فيه ليس في الصفة ونحن ما قلنا ان مجرد ذكر عدد الذرعان مصحح للسلم بل لا بد من ذكر الاوصاف
حتى ينضبط كما ان المكيل ايضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد ان يذكر الاوصاف
معه فتامل هذا التقرير فان في غيره خبطا والله سبحانه اعلم **قوله** وكذا المعدودات
التي لا تتفاوت كالجوز والبيض اي يجوز السلم فيها عددا لان العددي المتقارب مضبوط بالعدد
مقدور التسليم فيجوز السلم فيه عددا والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على اهدار
التفاوت بعد ان يكون من جنس واحد لان التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ولذا لا يباع بيضة
دجاجة بفلس واخرى بفلسين وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب وهو مروي عن ابي
يوسف وعليه عول المصنف اعني ان ما تفاوتت ماليته متفاوت كالبطيخ والقرع والرمان
والروس والاكارع والسفرجل فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في المالية الا اذا
ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلظ ونحو ذلك ومن المعدودات المتفاوته الجوالقات
والفرا فلا يجوز الا بذكر مميزات واجازوه في الباذنجان والكاغد عددا لاهدار التفاوت وفيه
نظر ظاهر او يحمل على كاغد بقالب خاص والا لا يجوز وكون الباذنجان مهدر التفاوت لعله في
باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه في الاسلام
في بيض الدجاج والجوز الشامي والفرنجي لعدم اهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت
ويشترط مع العدد بيان الصفة ايضا في شرح الشافي فلو اسلم في بيض النعام او جوز الهند جاز
كما جاز في الآخرين وعن ابي حنيفة انه منعه عددا في بيض النعام ادعاء التفاوت اجازه في
المالية وهذا خلاف ظاهر الرواية والوجه ان ينظر الى الغرض في عرف الناس فان كان الغرض
في عرف من بيض النعام الاكل ليس كعرف اهل البوادي يجب ان يعمل بظاهر الرواية فيجوز
وان كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر
وغيرها من الامصار يجب ان يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد الا مع
تعيين المقدار واللون من نقا البياض واهداره قال المصنف وكما يجوز عددا في العددي
المتقارب يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز لانه ليس بمكيل بل معدود وعنه لا يجوز عددا ايضا
للتفاوت بين احاده. قلنا اما التفاوت فقد اهدر فلا تفاوت اذ لا تفاوت في ماليته

واما كونه معدودا فمسلم لكن لم لا يجوز كيله مع ان اعتبار المقدار ليس الا للضبط والضبط لم
ينحصر في العد بل يعرف بطريق آخر فان قيل الكيل غير معهد فيه لما يبقى بين كل جوزتين وبيضتين
من التخلخل قلنا قد علمنا به ورضي به رب السلم فانما وقع السلم على مقدار ما يملؤ هذا الكيل مع
تخلخله وانما يمنع ذلك في اموال الربا اذا قوبلت بجنسها والمعدود ليس منها وكيله انما كان
باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلا مطلقا ليكون ربويا واذا اجزناه كيلا فوزنا اولى **قوله**
وكذا في الفلوس عددا اي يجوز السلم في الفلوس عددا هكذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع من
غير ذكر خلاف فكان هذا ظاهر الرواية عنه. وقيل بل هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف اما عند محمد
فلا يجوز بدليل منعه بيع الفلس بالفلسين في باب الربا لانها اثمان وهذا بما اراد المصنف
بقوله ذكرناه من قبل واذا كان اثمانا لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه وروى عنه ابو يوسف الخو
ان السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج لكن ظاهر الرواية عنه الجواز والفرق له بين البيع
والسلم ان من ضرورة السلم كون المسلم فيه مثمنا فاذا اقدما على السلم فقد تضمن ابطالهما اصطلاحا
على الثمنية وهو السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد بخلاف البيع فانه يجوز وروده
على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع بيع الفلس بالفلسين وقد
تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على بعد التخريج للرواية عنه. وقولنا يصح السلم فيها
على الوجه الذي آخره هو تقدير قول المصنف ولا يعود وزنيا يعني اذا ابطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها
عن العددية الى الوزنية اذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العددية كالجوز والبيض بل تبقى
على الوجه الذي يعورف التعامل به فيها وهو العدد الا ان يهدره اهل العرف كما هو في زماننا
فان الفلوس اثمان في زماننا ولا تقبل الا وزنا فلا يجوز السلم فيها الا وزنا في ديارنا في زماننا وقد
كانت قبل هذه الاعصار عددية في ديارنا ايضا **قوله** ولا يجوز السلم في الحيوان دابة كان او رقيقا
وهو قول الثوري والاوزاعي. وقال الشافعي ومالك واحمد يجوز للمعنى والنص اما المعنى فلانه
يصير معلوما اي منضبطا ببيان الجنس كفرس او ابل او عبد والسن كابن مخاض او عشاري والنوع كتركي
وبختي وحبشي والصفة كاحمر واسمر وطويل وربعه والتفاوت بعد ذلك يسير وهو مغتفر
بالاجماع والا لم يصح سلم اصلا فان الغايب لو بلغ في تعريفه النهاية لا بد من تفاوت بينه وبين
المرئي فان بين جيد وجيد من الحنطة تفاوتا لا يخفى وان صدق اسم الجودة على كل منها وكذا بين
ثوب ديباج احمر وثوب ديباج احمر فعلم ان التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب
والمكيل. واما النص فما روى ابو داود عن محمد بن اسحق عن يزيد بن ابي حبيب عن مسلم بن جبير عن
ابي سفين عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امره
ان يجهز جيشا فنفدت الابل فامره ان ياخذ على قلايص الصدقة وكان ياخذ البعير بالبعيرين
الى ابل الصدقة ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم. واخرج الطحاوي بسنده الى ابي رافع ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فامر
ابا رافع ان يقضي الرجل بكره فرجع اليه ابو رافع فقال لم اجد فيها الا جملا خيارا رباعيا فقال
اعطه اياه ان خيار الناس احسنهم قضاء فدل على ثبوت الحيوان في الذمة وعن ابن عمر انه اشترى

راحلة باربعة ابعرة يوفيها صاحبها بالربذة في رواية باربعة ابعرة مضمونة واستوصف بنو اسرائيل
البقرة فوصفها الله تعالى لهم فعلموها بالوصف وقال صلى الله عليه وسلم لا تصف الرجل الرجل
بين يدي امراته حتى كانها تنظر اليه ولا تصف المراة المراة بين يدي زوجها حتى كانه ينظر اليها
فقد جعل الموصوف كالمرئي وقد اثبت الشرع الغرة وما فيه من الابل دية في الذمة وثبت مهرا
في الذمة وصحت الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع ان شرط الدعوى والشهادة كون
المدعي والمشهود به معلوما. قلنا اما المعنى فنمنع ان بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت
يسيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش فان العبدين المتساويين سنا ولونا وجنسا
يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والاخلاق والادب وفهم المقاصد ما يصيره باضعاف
قيمة الاخر وكذا بين الفرسين والجملين بخلاف الثياب فانها مصنوعة العبد بالة خاصة فاذا
اتحدت لم يتفاوت الا يسيرا وكذا بين الحبتين من الحنطة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير
الحيوان ذلك ولم يخلق الحيوان كذلك وقول المصنف رحمه الله قلما يتفاوت الثوبان اذا نسجا على
منوال واحد يريد يتفاوتان قليلا لا عدم التفاوت اصلا كما هو استعمال قلما فان هذا الفعل
اعني قل اذا كف بما استعمل للنفي كقوله وقلما وصال على طول الصدود يدوم وحين علمنا
انه اراد قلة التفاوت وجب ان يجعل ما مصدرية والمعنى قل التفاوت ولا يخفى ما في قول
غير واحد من الشارحين اذا اتحد الصانع والالة اتحد المصنوع من التساهل واما النص
المذكور فقال ابن القطان هذا حديث ضعيف مضطرب الاسناد فرواه حماد بن سلمة هكذا
ورواه جرير بن حازم عن ابن اسحق فاسقط يزيد بن ابي حبيب وقدم ابا سفيان على مسلم بن جبير
ذكر هذه الرواية الدارقطني ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه عن ابن اسحق عن يزيد
ابن ابي حبيب عن ابي حبيب عن مسلم عن ابي سفين عن عمرو بن حريش ورواه عبد الاعلى عن ابن
اسحق عن ابي سفين عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش ورواه ابو بكر بن ابي شيبة فاسقط يزيد
ابن ابي حبيب وقدم ابا سفيان كما فعل جرير بن حازم الا انه قال في مسلم بن جرير بن مسلم بن كثير
ومع هذا الاضطراب فعمرو بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم اجد له ذكرا ولا اعلمه
في غير هذا الاسناد وابو سفين فيه نظر انتهى كلامه فلا حجة فيه مع انه معارض بما هو
اقوى منه وهو ما اخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان بن معمر عن يحيى بن ابي كثير عن عكرمة عن
ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ورواه عبد الرزاق
ثنا معمر به وكذا رواه الدارقطني والبزار قال البزار ليس في الباب اجل اسنادا من هذا وقول
البيهقي انه عن عكرمة مرسل بسبب ان منهم من رواه عن معمر كذلك كانه هو مبني قول الشافعي
رحمه الله حديث النهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت لكن هذا غير مقبول بعد تصريح
الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر
به مسندا وغاية ما فيه تعارض الوصل والارسال من الثقات والحكم فيه للوصل كما عرف وقد
تايد بعد تصحيحه باحاديث من طرق منها ما اخرجه اصحاب السنن الاربعة عن الحسن عن سمرة ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وقول البيهقي اكثر الحفاظ لا يثبتون

سماع الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذي له فانه فرع القول بسماعه منه مع ان الارسال عندنا وعند
اكثر السلف لا يقدح مع انه قد يكون شاهد معنويا فلا يضره الارسال وايضا اعتضد بالموصول الساق
والمرسل الذي يرويه عن رجال الاخر وحديث اخر اخرجه الترمذي عن الحجاج بن ارطاة عن ابي الزبير
عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نسا ولا باس به اذا كان
يدا بيد قال الترمذي حديث حسن كانه للخلاف في الحجاج بن ارطاة وحديث اخر اخرجه الطبراني
عن ابن عمر نحوه سواء وقول البخاري مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه انفا وتضعيف ابن معين لمحمد بن
دينار لا يضر لذلك ايضا. واخرج الامام احمد ثنا حسين بن محمد ثنا خلف بن خليفة عن ابي جناب عن
ابيه عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم
بالدرهمين فقال رجل يا رسول الله ارايت الرجل يبيع الفرس بالافراس والنجيبة بالابل قال لا باس
اذا كان يدا بيد وحمل هذه الاحاديث على كون النهي فيما اذا كان النسا من الجانبين حتى يكون بيع الكالي
بالكالي تقييد للاعم فانه اعم من ذلك فلا يجوز المصير اليه بلا موجب. وقال المصنف صح ان النبي صلى الله عليه
نهى عن السلف في الحيوان هو ما اخرجه الحاكم والدارقطني عن اسحق بن ابراهيم بن جوتي ثنا عبد الملك
الذماري ثنا سفين الثوري عن معمر عن يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن السلف في الحيوان وقال صحيح الاسناد ولم يخرجاه وتضعيف ابن معين ابن جوتي فيه نظر ثم بعد
تعدد ما ذكرناه من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه الى الحجية لما عرف في فن الحديث
ولذا يجب ان يرجح على حديث ابي رافع ان صح لانه اقوى سندا اعني حديث ابن حبان ولان المانع يرجح على
المبيح. وفي الباب اثر ابي حنيفة عن حماد بن سليمان عن ابراهيم النخعي قال دفع عبد الله بن مسعود الى زيد
ابن خويلد البكري مالا مضاربة فاسلم زيد الى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلايص فلما حلت اخذ
بعضها وبقي بعض فاعسر عتريس وبلغه ان المال لعبد الله فاتاه يسترفقه فقال عبد الله افعل زيد
فقال نعم فارسل اليه يساله فقال عبد الله اردد ما اخذت وخذ راس مالك ولا تسلمن ما لنا في
شيء من الحيوان قال صاحب التنقيح فيه انقطاع بين ابراهيم وعبد الله فانه انما يروي عنه بواسطة
علقمة او الاسود الا ان هذا غير قادح عندنا خصوصا من ارسال ابراهيم النخعي فقد تعاضدت
الاحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب
وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فانما ذكر الله تعالى لهم اوصافا فاظاهرة ليطبقوها على معين موجود
ولا شك في ان هذا مما يحصل به المعرفة وكلامنا في انه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقا
منعناه. واما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فلخوف الفتنة على السامع وهي لا
يتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والمشخص. واما ثبوته في الذمة في المهر والدية
ونحوها فلان الحيوان فيه ليس مقابلا بالمال وهو ظاهر فيجري فيه المساهلة بخلاف ما قوبل بمال
فانه يجري فيه المشاحة فجرينا على موجب ذلك وقلنا ما وقع من الحيوان بدلا بمال كالمبيع منه لا
يجوز ان يثبت في الذمة لما يجري فيه من المشاحة عادة بخلاف غيره كالمهر وما معه فانه ليس عوضا
عن مال فحرج من بين الاخر فيجوز فعلنا بالاثار فيهما وللقائل ان يقول كون التفاوت بعد الاوصاف
يبقى فاحشا لا يضر لان ذلك باعتبار الباطن ولا يلزم المسلم اليه سوى ما تضمن ما ذكر من الاوصاف الظاهرة

فاذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم اليه حكم عليه بقبوله سوا كان التفاوت قليلا بحسب الباطن
او كثيرا لان المعقود عليه ليس الا الموصوف فقط نعم لو عين من الصفات الذكا وجودة الفهم والا
خلاقا الحسنة ينبغي ان لا يجوز لان ذلك لا يعرف الا بعد زمان الاختبار وبعده يجري المنازعة في ان
اخلاقه ما هي وفي تحريرها فالمفزع في ابطال السلم في الحيوان ليس الا السنة وهكذا قال محمد
ابن الحسن لما ساله عمرو بن ابي عمر قال قلت له انما لا يجوز في الحيوان لانه غير مضبوط بالوصف قال لا
كانا نجوز السلم في الديابج ولا نجوز في العصافير ولعل ضبط العصافير بالوصف اهون من ضبط الديباج
ولكنه بالسنة • وفي مبسوط شيخ الاسلام والعصافير وان كانت من العدديات المتقاربة لكنه في معنى
المنقطع لانها مما تقتنى ولا تحبس للتوالد وقد لا يتيسر اخذه ولا رجحان اخذه ليقام مقام الوجود
بخلاف السمك الطري لرجحان امكان اخذه وهذا يقتضي جواز السلم فيما يقتنى منها كالحمام والقمري
وهو خلاف المنصوص عن محمد • وقد روي عن ابي يوسف انه لا يتفاوت احاده كالعصافير يجوز السلم
فيها وفي لحومها وهو مشكل على الدليل لانا ان عللناه بعدم الضبط فالعبرة لعين النص لا لمعنى
النص وان اعتبرنا عمومه وجب ان لا يجوز فان قيل فالسمك الطري مخصوص من عموم الحيوان لجاز
في العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت • قلنا انما يتم لو شرط حياة السمك الطري في المسلم
فيه وليس كذلك بل كيف ما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا ان نمنع صحة السلم **قوله** ولا في اطرافه
اي لا يجوز السلم في اطراف الحيوان كالروس والاكارع وهو جمع كراع وهو ما دون الركبة في الدوا
قيل المنع مبني على منع السلم في الحيوان وهذه ابعاضه وليس بشي لانها لا يصدق عليها الحيوان
ان كان النهي تعبدا ولا المعنى ان كان معلولا بالتفاوت الفاحش لان ذلك انما يكون في حالة الحيوانية
وكان يلزم ان لا يجوز في الجلود لكنه جائز بذكر الطول والعرض والنوع والجودة وكذا يجوز السلم
في الجلود وزنا والمصنف انما ذكر في منعه انها عددية متفاوتة ولا مقدر لها فامتنع السلم عددا
وغير عدد لانتفاء المقدر وعندي لا باس بالسلم في الروس والاكارع وزنا بعد ذكر النوع وباقي
الشروط فان الاكارع والروس من جنس واحد حينئذ تتفاوت تفاوتا فاحشا وقول مالك بجوازه
عددا بعد ذكر النوع لخفة التفاوت جيد لكن يزاد انها روس عجاجيل او ابقار كبار ونحو في الغنم
فان التفاوت بعد ذلك يسير ولا في الجلود عددا وكذا الاخشاب والجوالقات والفراء والثياب
المخيطة والخفاف والقلانس الا ان يذكر العدد لقصد التعدد في المسلم فيه ضبطا للكمية ثم يذكر
ما يقع به الضبط كان يذكر في الجلود مقدار الطول والعرض بعد النوع كجلود الغنم او البقر
وكذا في الاديم يقول طائفي او برغالي وفي الخشب طوله وغلظه ونوعه كسنط او جوز ونحوه وقول
بعضهم يجوز في الكاغد عددا محمول على ما بعد تسمية طوله وعرضه وثخنه ورقته ونوعه
الان يعني ذكر نسبته عن قدره كورق حموي وفي الجوالق طوله ووسعه وكذا كل ما كان مميزا
له عن غيره قاطعا للاشتراك وكذا لا يجوز في الحطب حزما ولا في الرطبة حزما للتفاوت الا
اذا عرف ذلك بان بين طول ما يشد به الحزمة شبرا او ذراعا فحينئذ يجوز اذا كان لا يتفاوت
وليس المعنى ان لا يجوز السلم فيها اصلا بل لا يجوز بهذا العدد ولو قدر بالوزن في الكل جاز وفي
ديارنا تعارفوا في نوع من الحطب الوزن فيجوز الاسلام فيه وزنا وهو اضبط واطيب وكون العرف في

من بعض

من بعض المقدرات لا يمنع ان يتعامل فيه بمقدر اخر يصطلحان عليه الا ان يمنع منه مانع شرعي كما قلنا
في البيض كيلا وعنه كظاهر المذهب يجوز السلم في الحنطة وزنا بخلاف ما اذا قوبل نحو الحنطة بها
وزنا وهو كيلي لما عرف في الربا اما السلم فليس يلزم فيه ذلك لان راس مال السلم في الحنطة لا يكون حنطة وقد
رضيا بضبطه وزنا فلا يضر تفاوت الحنطتين المتحدتين في الوزن كيلا وهذا تضعف رواية الحسن عن
ابي حنيفة انه لا يجوز في الحنطة وزنا وذكر قاضي خان ان الفتوى على الجواز لتعامل الناس ويجوز السلم
في القت وزنا والرطبة القضب والجرز بضم الجيم وفتح الراء المهملة جمع جرزة وهي الحزمة من الرطبة
كحزمة الريحان ونحوه واما الجز بكسر الجيم وزايين اولهما مفتوحة جمع جزه وهي الصوف المجزوز
قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل بكسر الحا مصدر
ميمي من الحلول حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل او على العكس او منقطعا فيما بين ذلك
وهو موجود عند العقد والمحل لا يجوز وهو قول الاوزاعي • وقال الشافعي ومالك واحمد واسحق
اذا كان موجودا عند المحل جاز وان كان منقطعا وقت العقد او بينهما لان اشتراط الوجود للقدرة على
التسليم وهو بالوجود وقت المحل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب دليل نفيه عدم دليل وجوده لان
نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي ولهم ايضا اطلاق الحديث المتقدم اعني انه صلى الله عليه وسلم
قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والسنتين والثلث فاقتضى بيان الشرط الشرعي فلم يزد
على قوله من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فلو كان عدم الانقطاع شرطا لبينه
وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم انه ليس شرطا بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ما هو شرط على ما عرف
في مثله • قلنا بل فيه مدرك شرعي وهو ما رواه ابو داود وابن ماجه واللفظ له عن ابي اسحق عن
رجل نجراني قلت لعبد الله بن عمر اسلم في نخل قبل ان يطلع قال لا قلت لم قال لان رجلا اسلم في
حديقة نخل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل ان تطلع النخل فلم يطلع النخل شيا ذلك العام
فقال المشتري اخرني حتى تطلع فقال البايع انما النخل هذه السنة فاختصما الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فقال للبايع اخذ من نخلك شيا قال لا قال فبم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه
ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح
انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها وفيه مجهول كما رايت والحديث المعروف وهو انه صلى الله عليه وسلم
نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها وجه الدلالة انه اولا يصدق على السلم اذا وقع قبل الصلاح
انه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها فيكون متناولا للنهي ويدل عليه ما اخرج البخاري عن ابي البختري
سالت ابن عمر عن السلم في النخل فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى تصلح وعن
وعن بيع الورق نسا بناجز وسالت ابن عباس عن السلم في النخل قال نهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن بيع النخل حتى يوكل منه فقد ثبت عن هذين الصحابيين الكبيرين في العلم والتتبع انهما فهما
من نهيه عن بيع النخل حتى تصلح بيع السلم فقد دل الحديث على اشتراط وجوده عند العقد والاتفاق
على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم واما لزوم وجوده بينهما فلعدم
القائل بالفصل لان الثابت قائلان قائل باشتراطه عند المحل فقط وقائل عندهما وفيما بينهما فالقول
باشتراطه عندهما لا غير احداث قول ثالث او نقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع

ان لا اذا تاخر عنه فلا يضطر اليه عنده بان اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر لان الظاهر استمرار
الموجود بالاستمرار يتمكن من التحصيل فان اخذ السلم مظنة العدم وبالاخذ بذلك مظنة التحصيل
شيا فشيا في مدة الاجل وباعتبار المظنة تناط الاحكام فلا يلتفت الى كون بعض من يسلم اليه قد
تحصله دفعة عند حلول الاجل كالزراع واهل النخل فاما يسلم فيه لا يحصى واكثرهم تحصل المسلم
فيه بدفعات اراتب المسلم اليه في الجلود ايبتع عند حلول الاجل الف راس ليعطي جلودها لرب السلم
وكذا الاسماك المالحة والثياب والاخشاب والاحطاب والاعسال والمشاهد في بعض من له نخل
او زيتون ان ياخذ في اكثر ما يحصل له ليعطي ما يخرج له ويشتري الباقي وكثير ياخذون ليشتروا
في راس المال وينفقون من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا لان وضع السلم شرعا
لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ثم الانقطاع الذي
يفسد العقد ان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت الذي ذكره ابو بكر
البلخي وتواردوا عليه وفي مبسوط ابي اليسر لو انقطع في اقليم دون اقليم لا يصح السلم في الاقليم الذي
لا يوجد لانه لا يحصل الا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو اسلم في الرطب ببخارى لا يجوز
وان كان بسجستان ولو انقطع بعد المحل اي حلول الاجل قبل التسليم لا يبطل العقد لكن رب السلم بالخيار
ان شاء فسخ وان شاء انتظر وجوده • وقال زفر يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي
للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين فان الشي كما لا يثبت في
في غير محله لا يبقى عند فواته كما لو اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا • ولنا ان
السلم قد صح ثم تعذر التسليم بعارض على شرف الزوال فيتخير المشتري كما لو ابق المبيع قبل القبض وهذا
لان المعقود عليه هنا دين ومحل الدين الذمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله وانما تاخر التسليم
اذ كان وجوده موجودا بخلاف المبيع العين فان هلاكه يفوت محل العقد وكذا الفلوس اذا كسدت
فانها وان كانت في الذمة لكن الثمن الكاين فيها فلوس هي اثمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل
ثم ليس هو على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود بخلاف ما نحن فيه لان لادراك الزرع
والثمار اوانا معلوما وكذا لغيرها وان كثر وجودها فيه من السنة برخص قوله ويجوز السلم في
السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما بان يقول بوري او راي وفي اسماك الاسكندرية
الشفش والدونيس وغيرها لانه حينئذ معلوم القدر مضبوط الصفة مقدور التسليم ولا يجوز
السلم فيه عددا للتفاوت واما الصغار فيجوز فيه وزنا وكيلا وسواء فيه الطري والمالح ذكره
في التحفة • وفي المغرب سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملح ولا يقال مالح الا في لغة
رديئة قال بعض الشارحين لكن قال الشاعر • بصرية تزوجت بصريا • اطعمها المالح والطريا
ثم نقل بعض المشايخ قوله بذلك حجة للفقهاء • وظاهر هذا الاستدراك انه ليس برد ولم
نجد سوى هذا البيت وهو لا ينافي قول المغرب الا في لغة رديئة وليس لهذا الاستدراك فايدة
بل قال ابن دريد ملح ومليح • ولا يلتفت الى قول الراجز اطعمها المالح والطريا ذاك مولد لا يوخذ
بلغته واما الطري فيجوز حين وجوده وزنا ايضا فان كان ينقطع في بعض السنة كما قيل انه ينقطع
في الشتا في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتا ولو اسلم في الصيف وجب ان يكون منتهى الاجل لا يبلغ الشتا

وهذا

وهذا معنى قول محمد لا خير في السلم في السمك الطري الا في حينه يعني ان يكون السلم مع شروطه
في حينه كيلا ينقطع بين العقد والحلول وان كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا
من التفاوت في احاده • وعن ابي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها
اعتبارا بالمسلم في اللحم فانه يمنع السلم في اللحم • وعن ابي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع
تجارته في اللحم فان هناك يمكن اعلام موضع القطع الجنب او الظهر او الفخذ ولا يتاتى في السمك
ذلك وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لان الاصطياد يتحقق في كل حين مدفوع بان الانقطاع
عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطياد ليرد ما ذكره قوله
ولا خير في السلم في اللحم وهذه العبارة تاكيد في نفي الجواز كقوله لا خير في استقراض الخبز وقول
من قال ان المجتهد بقوله فيما يستخرج من الحكم بالراي تحرزا عن القطع في حكم الله بالراي تحرزا عن القطع
في حكم الله بالراي بعيد لكل الاحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا ويجوز
كذا وكلها من هذا القبيل لانه قد استقر عند اهل العلم انها مظنونات لا مقطوعات وايضا المجتهد
قاطع بان حكم الله في حقه ذلك وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة
ككونه ذكرا خصيا وسمينا بعد ان بين جنسه من نحو الضان وثني من الفخذ او الكتف او الجنب
مائة رطل جاز وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما وهذا على الاصح من ثبوت الخلاف بينهم
وقد قيل لا خلاف فمنع ابو حنيفة فيما اذا اطلقا السلم في اللحم وقولهما اذا بينا ما ذكرنا وجهه
انه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف • وقوله ولهذا يضمن بالمثل الاستدلال
على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جائز الاستقراض وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في ساير
الاقطار قاطع فيه وما فيه من العظم غير مانع لانه اذا سمي موضعا ومعلوم انه فيه عظم كان راضيا
على قطعه بما تضمنه من العظم ولانه ثابت باصل الخلقة كالنوى في التمر ولذا جاز السلم في الالية
مع انها تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالاجماع بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع
منه لان عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا وحاصل الكلام فيه ان ما لم يصد
من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه وما صيد قيل هو على الخلاف عنده لا يجوز وعندهما يجوز
وقيل يجوز عند الكل لان ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح فيجب ان يكون محل ما في الكتاب
من المنع في مخلوع العظم فان العلة حينئذ ثابتة ثم يجب انه اذا اسلم في مائة رطل من لحم الدجاج
مثلا ان يعين الموضع بعد كونه بعظم فان من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول اوراكا وغير صدور
وينص على الصدور او اوراكها فان اطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب ان لا يجوز للمنازعة بسبب
ما ذكرنا لاختلاف اغراض الناس • ولابي حنيفة رضي الله عنه وجهان احدهما انه يمنع السلم في اللحم
لتفاوت اللحم بقلة العظم وكثرته بخلاف لحم السمك فان مضمونه من العظم قليل معلوم اهداره
بين الناس ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره وقوله اذا سمي موضعا كان راضيا على قطع ما تضمنه
من العظم قلنا المشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه جريان المماكسة بين البايع والمشتري في العظم
حتى ان المشتري يستكثره فيامر بنزع بعضه والجزار يدسه عليه فكيف في المؤجل المتاخر التسليم
وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه • ثانيهما انه يختلف بحسب العضو

سمنا وهو الاقلو سمي السمين قد يكون انهما الاجل في فصل الهزال وحاصل هذا الوجه انه سلم
في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه قال المصنف وهو الاصح
لان الحكم المعلل بعلتين مستقلتين يثبت مع احدهما كما يثبت معهما وقوله لما يضمن بالمثل ممنوع
بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان
الغصب وللمغصوب منه ان يضمنه قيمة اللحم قيل ولا توجد رواية بانه من ذوات القيم الا
هنا من الجامع الكبير لكن ذكر صاحب الفتاوي الصغرى انه راى وسط غصب المنتقى ان ابا يوسف
روي عن ابي حنيفة اذا استهلك لحما عليه قيمته وحل عبارة المصنف ان القبض اي قبض اللحم القرض
يعاين فيعرف مثله به اي بالمقبوض اما السلم فليس فيه مقبوض معاين بل مجرد وصف فلا يكتفي به الى
اخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا ايضا ممنوع بل ذاك مذهبهما وبعد التسليم اي تسليم ان ضمان اللحم
بالمثل كما اختاره الاسبيجابي انه يضمن بالمثل الا ان ينقطع عن ايدي الناس وهو الوجه لان جريان
ربا الفضل فيه قاطع في انه مثلي فيفرق بين الضمان والسلم بان المعادلة في الضمان منصوص عليها
وتمام المعادلة بالمثل فانه مثل صورة ومعنى اما القيمة فمثل معنى فقط لان الموجب الاصلي رد
العين والمثل اقرب الى العين بخلاف القيمة وكذا بتقدير تسليم استقراضه فالفرق بين السلم والقرض
ان القبض في القرض معاين محسوس فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول اما السلم فانما يقع على الموصوف
في الذمة وبالوصف عند العقد لا يعرف مطابقته للموجود عند القبض كمعرفة مطابقته بعد رؤية
المقبوض الموجب للمثل وهذا معنى قوله اما الوصف فلا يكتفى به اي لا يكتفى بالوصف في معرفة
الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض اولا والمقبوض ثانيا ولما اهدر الشارع
في باب الربا كون الجودة فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وان اختلف موضعهما كلحم فخذ
مع لحم ضلع **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا وهو مذهب مالك واحمد وقال الشافعي رحمه الله
يجوز السلم الحال بان يقول مثلا اسلمت هذه العشرة في كر حنطة صفة كذا وكذا الى اخر الشروط
وبه قال عطا وابو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص في السلم والظاهر انهم لا يستدلون
به لانهم اهل حديث وهذا لا يثبت الا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم انه لا دليل في اشتراط
الاجل فوجب نفيه وربما استدلوا على نفيه بانه لو شرط الاجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم
التي هي شرط جواز العقد وهي ثابتة والظاهر من حال العاقد انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر عليه
والغرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبتت قدرته بما دخل في يده
من راس المال ولهذا اوجبنا تسليم راس المال بخلاف الكتابة الحالة فان العبد يخرج بالكتابة من يد
مولاه من غير ان يدخل في ملكه شي فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة واما استدلالكم بقوله صلى
الله عليه وسلم من اسلم منكم في شي فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم فليس معناه الامر
بالتاجيل في السلم فيمنع الحال بل معناه من اسلم في مكيل فليسلم في كيل معلوم او في موزون فليسلم في
وزن معلوم الى اجل فليكن الى اجل معلوم لانه لو لم يكن كذلك لكان ايضا امرا بان يكون السلم في مكيل
وموزون فلم يجز في المعدود والمذروع لان النسق في الفصول الثلاثة واحد ونحن نقول
لا شك ان اهل الاجماع قاطبة على اخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص لما ليس المحتاجين الى

نفقة عاجلة قادرين على البدل بقدره اجله فلا تتحقق محل الرخصة الا مع ذكر الاجل فلا يجوز
في غيره وكونه قادرا حال العقد لم تتحقق المبيع في حقه ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة انيط
بامر ظاهر كما هو المستمر في قواعد الشرع كالسفر للمشقة ونحوه وهو ذكر الاجل فلم يلتفت بعد
ذلك الى كون المبيع معدوما او عند المسلم اليه حقيقة او موجودا قادرا هو عليه فقوله
ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص معناه لو لم يذكر الاجل والله تعالى اعلم وقولهم الغرر
في السلم الحال اقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيا اعني بعد ما بينا من ان شرعيته لدفع
حاجة المحتاج الى المال العاجز عن العوض في الحال فان الغرر قد تحمل فيه لتلك الحاجة وهي
منتفية في السلم الحال **قوله** والاجل ادناه شهر الى اخره في التحفة لا رواية عن اصحابنا رضوان الله
عليهم في المبسوط في مقدار الاجل واختلفت الروايات عنهم والاصح ما روي عن محمد انه مقدر
بالشهر لانه ادنى الاجل واقصى العاجل وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روي عن الكرخي انه مقدار
ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير بان لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما روي عن الكرخي
من رواية اخرى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس في تاجيل مثله كل هذا تشغيب للمنازعة
بخلاف المقدار المعين من الزمان وفي الايضاح فان قدر انصف يوم جاز وبعض اصحابنا قدروا
بثلاثة ايام استدلالا لا بمدة خيار الشرط وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان اقصى المدة
فاما ادناه فغير مقدر انتهى والتقدير بالشهر روي عن الشيخ ابي جعفر احمد بن ابي عمران استاذ
الطحاوي وصحح المصنف الاول لانه مروي عن محمد ولانه ماخوذ من مسئلة اليمين وهي ما اذا حلف
ليقضينه دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه فكان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر
وما فوقه آجل قالوا وعليه الفتوى **قوله** ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبذراع رجل بعينه
قال المصنف معناه اذا كان لا يعرف مقداره اما اذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال
والذراع وانما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الايفاء قال وقد مر من قبل يريد
اول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه الى ان قال
بخلاف السلم الى اخره وقد روي عن ابي حنيفة انه لا يجوز ايضا في بيع العين بالعين لانه بيع ليس
بمكايلة ولا مجازفة وبيع الحنطة انما يجوز على احدهما والصحيح الاول والحصر ممنوع وبتقدير التسليم
فهذا بيع مجازفة ثم لا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض وينبسط كالقصاع والحديد والخزف مثلا
فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز للمنازعة عند التسليم الا في قرب الماء فيما روي عن
ابي يوسف للتعامل فيه فانه اجازه وهو ان يشتري من سقا كذا كذا قربة من ماء النيل وغير ذلك
مثلا بهذه القربة وعينها جاز البيع ومعنى القاعدة المذكورة ان لا يجوز اذا عين هذه القربة
ولكن مقدارها والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل ايضا **قوله** ولا
في طعام قرية بعينها كحنطة بلدة الفهميين او المحلة ببلاد مصر او ثمرة نخلة بعينها او بستان
بعينه لانه قد تعتريه آفة فتنتفي قدرة التسليم قال المصنف واليه اشار صلى الله عليه وسلم
ارايت لو اذهب الله ثمرة هذا البستان بما يحل احدكم مال اخيه فان معنى هذا انه لا يستحق هذا
البيع ثمنا ان لم يخرج ذلك البستان شيئا فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانفساخ فلا يصح علا

ما اذا اسلم في حنطة صعيدية او شامية فان احتمال ان لا ينبت في الاقليم برمته شي ضعيف
فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سوا كان وروده
في السلم او في البيع مطلقا والواقع ان معناه ورد في السلم وفي البيع اما في السلم فما قدمناه من
حديث ابي داود وابن ماجة في الذي اسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيا فاراد المسلم
اليه ان يمنعه الثمر الذي كان ياخذه وقال انما النخل هذه السنة حيث قال له صلى الله عليه
وسلم اخذ من نخلك شيا قال لا قال لم تستحل ماله اردد عليه ما اخذت منه الحديث واما
ما في مسلم عن جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو بعت من اخيك تمرا فاصابته جائحة
فلا يحل لك ان تاخذ منه شيا لم تاخذ مال اخيك بغير حق فيصدق على كل من السلم والبيع
ويمكن ان يكون دليلا على هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد السلم فهو دليل هذه المسئلة
ايضا وفي الصحيحين عن انس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان لم يثمرها الله فبما يستحل
احدكم مال اخيه هذا فلو كانت نسبة الثمرة الى قرية معينة لبيان الصفة لا لتعيين الخارج
من ارضها بعينه كالخشراني ببخاري والبساخي وهي قرية حنطتها جيدة بفرغانة لا باس به
ولانه لا يراد خصوص النابت هناك بالاقليم ولا يتوهم انقطاع الحنطة هناك لانها اقليم
وكذا اذا قال من حنطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام اقليم بكماله فالسلم
فيه وفي طعام العراق والشام سوا وكذا في ديارنا قمح الصعيد والذي في الخلاصة ذكر معنا
في المجتبى وفي غيره لو اسلم في حنطة بخارى او حنطة سمرقند او في اسبيجاب لا يجوز لتوهم
انقطاعه ولو اسلم في حنطة هراة لا يجوز وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لان
حنطتها يتوهم انقطاعها اذ الاضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع
بخلاف اضافة الثوب لانها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ولذا لو اتى المسلم اليه في
ثوب هروي بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروي يعني من صفته ومؤنته يجبر رب
السلم على قبوله فظهر ان المانع والمقتضي العرف فان تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط
جاز والا فلا يبينه ما في الخلاصة قال لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشراني
فانه يذكر لبيان الجودة لا يفسد السلم وان كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب
جاز السلم والا لا اما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازه
وفي شرح الطحاوي لو اسلم في حنطة حديثة قبل حدوثها فالسلم باطل لانها منقطعة
في الحال وكونها موجودة في وقت العقد الى وقت المحل شرط لصحة السلم **قوله** ولا يصح
السلم عند ابي حنيفة رضي الله عنه الا بسبع شرايط تذكر في العقد واما عندهما ففي
الخمس الاولى ولا شك ان للسلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد
بل وجودها وشرايط جمع شريطة فقول بعضهم في بعض النسخ سبعة وهو الاصح ليس كذلك
بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا وسبع على تقدير شريطة فكل وارد على اعتبار خاص
والمعروف من النسخ ليس الا المشهور سبع شرايط جنس معلوم كحنطة شعير ونوع معلوم
كسقية وهي ما تسقى سيحا او بخسية وهي ما تسقى بالمطر نسبت الى البخس لانها مبخوسة الحظ

من الما بالنسبة الى السيح غالبا وصفة معلومة كجيد ردي ووسط مشعر سالم من الشعير
ومقدار معلوم ككذا كيلا بمكيال معلوم فهذه اربعة تشترط في كل من راس المال والمسلم فيه فهي
ثمانية بالتفصيل فانما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه راس مال السلم ولا ينعكس فان النقود تكون راس
مال ولا يسلم فيها والخامس اجل معلوم والاصل اي في اشتراط هذه الخمسة ما روينا يعني قوله
صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم الحديث نص على شرط القدر المعلوم والاجل المعلوم وثبت باقي
الخمسة بالدلالة بظهور ارادة الضبط النافي للمنازعة وقوله والفقه ما بينا يعني قوله ولان
الجهالة مفضية الى المنازعة والسادس ذكر مقدار راس المال اذا كان راس المال يتعلق العقد
على قدره يعني ينقسم اجزا المسلم على اجزايه وهو ان يكون الثمن من المكيلات او الموزونات او المعدودات
المتقاربة وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت احد عشر شرطا والثاني عشر تسمية مكان الايفا
ويخص المسلم فيه والثالث عشر ان لا يشتمل البدلين احدى علتي الربا لان انفراد احدهما يحرم
النسا وان لا يكون فيه خيار شرط والرابع عشر ان يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في
الدراهم والدنانير وتقدم وفي التبر روايتان والخامس عشر انتقاد الثمن على قول ابي حنيفة
كذا ذكرنا نسبته والسادس عشر اشتراط الاجل اعلام قدره والسابع عشر تسمية المكان الذي يوفيه
فيه اذا كان للمسلم فيه حمل ومؤنة اي اذا كان نقله يحتاج الى اجرة حمل ونحوه لثقله وقالا لا يحتاج
الى تسمية راس المال اذا كان معينا بقبضه دفعه ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد
فهاتان مسئلتان خلافيتان بينه وبينهما وبقوله قال مالك واحمد والشافعي في قول لهما في
الاولى ان المقصود من اعلام قدر راس المال وهو تسليم الثمن بلا منازعة يحصل بالاشارة الى العين
المعجل فاغنى عن اعلام قدره وصار كثمن المبيع المعجل والاجرة المعجلة في الاجارة والمضاربة اذا
دفع الى اخر دراهم معينة غير معلومة المقدار مضاربة بالنصف فانه جايز وكراس المال الذي
لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فانه لا يشترط فيه اعلام كميته ذرعانه بالاتفاق
وله ما روي عن ابن عمر انه قال به وقول الفقيه من الصحابة مقدم على القياس والقياس على المسلم
فيه بجامع انه عوض ثبت وله عقد السلم ولان جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة
راس المال تؤدي اليه وما يؤدي الى الممتنع شرعا يمتنع بيان تاديته اليه انه ربما يتفق ان ينفق راس المال
كما ينفقه المحتاجون اذ ربما يظهر فيه زيوف فيحتاج الاستبدال به ورده وقد يكون اكثر راس
المال زيفا فانه اذا رده واستبدل به في المجلس يفسد السلم عند ابي حنيفة لانه لا يجيز الاستبدال
في اكثر من النصف خلافا لهما وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فينفسخ العقد في مقدار
ذلك فاذا لم يكن قدر الكيل معلوما لم يدر في كم انتقض وفي كم بقي فيصير المسلم فيه مجهول القدر
وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا ايضا وهذا وان كان موهوما فالموهوم في هذا العقد له حكم
المعلوم لشرعه مع المنافي وهو كون المبيع معدوما فان ما شرع كذلك يكون ضعيفا في الشرع
فيؤثر فيه توهم الغرر المذكور وهذا في الحقيقة تعليل قوله صلى الله عليه وسلم ارايت ان منع
الله تعالى ثمرة هذا الحايط بما يستحل احدكم مال اخيه بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه ولذا لو اشتراه على انه عشرة فاذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الاوصاف فلا

يتعلق العقد على قدره ولهذا لو ظهر الثوب او الحيوان المجعول راس مال الحرقا او سمي عددا من الذرعا
فيه فوجده المسلم اليه انقص او بعض اعضاء الحيوان تالفا لا ينتقض من المسلم فيه شي بل المسلم اليه
بالخيار ان شاء رضي به بكل المسلم فيه وان شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب واستشكل بان هذا
اعتبار لشبهة الشبهة او انزل منها فان في وجود الزيف احتمالا لا ثم اختيار الرد كذلك ثم عدم الاستبدال
به في مجلس الرد فيه ايضا ذلك والمعتبر الشبهة لا النازل عنها كما افاده الحديث فان المعتبر فيه
الشبهة لا غير وهو احتمال ان لا يخرج الثمن **اجيب** تارة بانها شبهة واحدة فان الكل مبني
على وجود الزيف وتارة بان السؤال فاسد لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت كالنقد مع
النسيئة وليس هنا كذلك وانما اعتبر الموهوم بالنص المذكور على ان طريق المنع ما انحصر في وجود
الزيف بل ظهور استحقاق راس المال كما ذكرنا طريق ايضا ومما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا
العقد اجماعنا على انه لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال الهلاك هذا
الكيل قبل الحلول قال المصنف ومن فروعه اي فروع الخلاف في معرفة قدر راس المال اذا اسلم
في جنسين ككر حنطة وكر شعير عشرة مثلا ولم يبين راس مال الكل منهما من العشرة او اسلم جنسين
كدنانير ودراهم في جنس واحد كبرا او اسلم تمرا وحنطة معينين في كذا منا من الزعفران ولم
يبين مقدار احدهما يعني عرف مقدار احدهما دون الاخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة
ما لم يعلم قدره فيبطل في الاخر ايضا لاتحاد الصفقة او لجهالة حصة الاخر من المسلم فيه
فيكون المسلم فيه مجهولا ولهما في المسئلة الثانية وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤونة ان
مكان العقد يتعين للايفاء لوجود العقد فيه الموجب للتسليم ما لم يصرفاه باشتراط مكان غيره
وحاصله انه مقتضى عقد مطلق فلا يرد انه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره فان تغيير
مقتضى العقد مردود وهو مفسد على ما هو رواية عن احمد رحمه الله وصار كانصرافه الى غالب
نقد البلد ما لم يسميا نقدا غيره فينصرف اليه ويلحق بالثمن بان العقد يقتضيهما معا فلما اقتضى
وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الاخر كذلك وصار المكان كالزمان الذي هو اول اوقات
الامكان حيث يتعين للوجوب لعدم المزاحم او للاداء على قول الكرخي في الامر المطلق وتقريره
ان التسليم يحتاج الى مكان وهذا المكان لا يزاحم فيه غيره فيتعين كاول اوقات الامكان والحاقا
ايضا بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان القرض والغصب والاستهلاك
ويرد ان كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما اذا اشترى كرا وشرط على البائع حمله الى منزله
يفسد سواء اشتراه في المصر او خارجه **اجيب** بالفرق بان المشتري يملك العين بمجرد شرائها فاذا
شرط حملها فقد شرط عملا في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بايعا آجرا ومشتريا
مستاجرا معا فهو صفقة في صفقة فيفسد اما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لان المعقود
عليه دين لا عين فانما يملك العين بالقبض والنقل من مكان الى آخر عمل من البائع في ملك نفسه
فلا يكون بايعا وآجرا واورد ايضا في الفوائد الظهيرية ان عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم
تعيينه فانه قال في رجل باع طعاما والطعام في السواد ان كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له
ولو تعين زمان البيع مكانا للتسليم لم يكن له خيار ثم قيل انما يجوز البيع اذا كانت خوابي الحنطة في بيت

واحد

واحد فان كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لافضائه الى المنازعة لان المشتري يطالبه بالتسليم في اقرب
الاماكن والبائع يسلمه اليه في الابعد وهذا كله دليل ان مكان البيع لا يتعين واجاب بانه انما يتعين
اذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لانه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر
بحضوره وفي بيع العين اذا كان ولابي حنيفة ان التسليم في السلم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان
العقد بخلاف القرض والغصب فان التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال
وكذا الدفع قياسه على راس مال السلم فانه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قالا لان وجود
العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه بل العقد يوجب التسليم فقط الا ان اقتضى امر آخر
تعيين مكانه واذا لم يتعين فالجهالة تفضي الى المنازعة لان قيم الاشيا تختلف باختلاف الاماكن
فلا بد من البيان دفعا للمنازعة لان المسلم اليه يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤونة
الحمل ويرفع قيمته والمسلم اليه على عكسه وبخلاف راس المال لان تسليمه واجب للحال فافترقا
وللحاقه بالامر في تعين اول الاوقات بالاجماع لكن لا يخفى ان قوله التسليم غير واجب للحال
فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع اذ لا ملازمة تظهر وما المانع في تعيينه مع تاخر
التسليم حتى اذا حل الاجل وجب تسليمه في ذلك المكان فالاولى ان يقتصر على منع تعيين العقد
المكان والحاقهما اياه بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وبالثمن في العين
محل النزاع لان ابا حنيفة في الصحيح عنه يرى انه لا يتعين ايضا اذا كان مؤجلا وانه يجب تعيينه
ايضا كما سيذكر المصنف وبراس مال السلم يمنع فيه حكم الاصل فانا لا نعين مكان العقد للتسليم
راس مال السلم بل ان نقبضه قبل الافتراق لنفي الكالي بالكالي فلو عقدا السلم وهما يمشيان ثم
سلمه اليه قبل ان يفارقه جاز وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه قلنا نعم ولا يستلزم وجود
الموجب في مكان ان يوجب مقتضاه في ذلك المكان فانه لا ملازمة عقلية في ذلك اذ يجوز ان يوجد
في مكان واثره الايجاب مطلقا فلا يثبت هذه الملازمة الا سمعا **قوله** وعن هذا اي وعن
كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه يوجب التحالف عندهما
كما لو اختلفا في وصف الثمن او المثمن فان اختلاف الصفة توجب اختلاف القيمة كما اذا اختلفا
في جودته ورداءته وقيل على عكسه اي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم اليه لان تعيين
المكان ليس قضية العقد عنده وعندهما يتحالفان لان تعيين المكان لما ثبت بمجرد وجود العقد
فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف بالاجماع فكذا هنا قال وعلى
هذا الاختلاف الثمن في المبيع الناجز اذا كان له مؤونة حمل وهو مؤجل في بيع العين والاجرة
بان استاجر دارا مثلا بما له حمل ومؤونة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما
لا والقسمة فيما اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما شيا له حمل ومؤونة وقيل لا يشترط
ذلك في الثمن بالاجماع والصحيح انه يشترط عنده اذا كان مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي
وعندهما يتعين مكان الدار في القسمة ومكان تسليم الدابة في الاجارة للايفاء **قوله**
وما لم يكن له حمل ومؤونة كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ يعني القليل منه
والا فقد يسلم في امناء من الزعفران كثيرة تبلغ احمالا وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط

فيه بيان مكان الايفاء عندهم وهو الاصح من قول الشافعي ويوفيه في المكان الذي اسلمه فيه وكلما
قلنا يتعين مكان العقد معناه اذا كان مما يتاتى التسليم فيه وما لا بان اسلم اليه وهما في مركب في
البحر او جبل فانه يجب في اقرب الاماكن التي يمكن فيها منه قال المصنف وهذه رواية الجامع الصغير
والبيوع يعني من اصل المبسوط وذكر في الاجارات من اصل المبسوط يوفيه في اي مكان شاء وهو
الاصح والاصح من قول الشافعي ايضا لان الاماكن كلها سواء اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن
فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ما له مؤنة
فان الحنطة والحطب توجد في المصر والسواد ثم تشترى في المصر باكثر مما تشترى في السواد ولو
عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد والشرط الذي لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد
سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره في التحفة وبه قال الشافعي واحمد ثم لو عينا المصر فيما
له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرناه يعني القيمة لا تختلف
باختلاف اماكن المصر الواحد عادة قيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فلو كان بين جوانبه نحو فرسخ
لا يجوز الا ان يبين لانه مفض الى المنازعة ذكره في المحيط ولو شرط ان يوفيه في مكان ثم يحمله الى
منزله لا يجبر فيه ولو شرط الحمل الى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا وروى البلخي عن اصحابنا
انه لا يجوز السلم وقيل انما لا يجوز قياسا اذا شرط الايفاء في موضع ثم الحمل الى منزله اما لو شرط
الايفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر ان يوفيه الى
منزله والعقد في المصر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا
اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه
وشرط احدهما التوفية الى منزله لم يجز بالاجماع كيف ما كان ولو شرط ان يوفيه الى مكان كذا
فسلمه في غيره ودفع الكرا الى الموضع المشروط صار قابضا ولا يجوز اخذ الكرا وان شاء رده اليه
ليسلمه في المكان المشروط لانه حقه قوله ولا يصح السلم حتى يقبض راس المال قبل ان يفارقه بدنا
تحقيقه ان قبض راس المال قبل الافتراق شرط لانعقاد العقد على الصحة اما اذا كان راس المال
من النقود فلانه لو لم يقبض افترقا عن دين بدين لانها لا تتعين فلا يقع العقد الا على دين في الذمة
يقع بدفع العين المقاصة عنه وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي اي
النسيئة بالنسيئة الا ان مالكا رحمه الله يجيز التاخير ويقول اذا لم يشترط التاجيل لا يخرجه الى الدين
عرفا وبقولنا قال الشافعي واحمد وان كان عينا ففي القياس لا يشترط تعجيله لان عدم تسليمه
لا يؤدي الى بيع دين بدين بل بيع عين بدين وفي الاستحسان يشترط اعتبارا لمقتضى الاسم الشرعي
لان الاسلام والاسلاف في كذا ينبئ عن تعجيل المسلم دون الاخر لان وضعها في الاصل لاخذ
عاجل باجل والشارع قرره كذلك فيجب ان يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها ولو فرضنا
فرضا انها صارت اعلاما فاصل الوضع كان باعتبار ما اعتبر في معناها من الاحكام فلزم التعجيل
ولانه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم اليه اذا فرض افلاسه وحاجته الى العقد لافلاسه
فيتقلب فيه المسلم اليه ليقدر على تحصيل المسلم فيه الى الاجل ولهذا اي لاشتراط التسليم
قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا

من الانعقاد في حق الحكم الذي هو الملك وهذا على قول ابي حنيفة ظاهر فانه وان خرج البدل
من ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الاخر وعلى قولهما هو ملك متزلزل فانه بعرضيه ان يفسخ من له
الخيار فلا يتم القبض لان تمامه مبني على تمام الملك في المقبوض وهذا بخلاف الاستحقاق فان راس
المال اذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز اجازة المالك حتى لو اجاز قبضه صح العقد
وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان منعه الملك ليس بقضية السبب بل السبب وجد مطلقا لا مانع
فيه سوى تعلق حق الغير وجاز ان يجيز ذلك الغير فاذا اجاز التحقت
الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط فان عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعل في حق الحكم
كالمتعلق بشرط سقوط الخيار وكان تاثيره اكثر من تاثير عدم القبض فكان اولى بالابطال من عدم
القبض وهذا لان المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم اصلا وهو الملك فلا قبض ولذا قلنا
ان اعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف اذا كان في البيع خيار للبائع واعتاق المشتري من الفضولي
يتوقف ولذا لا يثبت فيه اي في السلم خيار رؤية بالاجماع لانه غير مفيد اذ فائدة خيار الرؤية
رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله
العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله ولان اعلام الدين ليس الا بذكر الصفة فقام
ذكر الصفة مقام ذكر العين فلا يتصور خيار رؤية ذكره في الكافي ولا يشكل بالاستصناع
فانه دين في ذمة الصانع ويجري فيه خيار الرؤية يعني اذا رد ما ياتي به ينفسخ لانا لا نسلم ان
المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سياتي واما خيار الرؤية في راس المال فصحيح لانه لا
يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة وهذا اذا كان عينا مثليا او قيميا بخلاف خيار العيب في المسلم فيه
فانه يصح لانه لا يمنع تمام القبض لان تمامه بتمام الصفقة وتمامها بتمام الرضى وهو تام وقت العقد
قوله ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق وراس مال السلم قائم جاز السلم خلافا لزفر وانما
قيد بقيام راس المال لانهما لو اسقطاه بعد انفاقه او استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه
بالاهلاك صار دينا في ذمة المسلم اليه فلو صح كان براس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز
في ابتداء العقد ولانه الان في معنى الابتداء اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا وقول
الشافعي ومالك كقول زفر وقد مر نظيره في باب البيع الفاسد وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم
اسقط الاجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لهم قال المصنف رحمه الله وجملة الشروط
جمعوها في قوله اعلام راس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله
يتم به خمسة ومن صفته ان يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلف المالية متفاوتة
في الرواج كقولنا عدلية او غطريفية فان لم يختلف وتساوت رواجا يعطيه من ايها شاء ولو
تفاوتت رواجا انصرف الى الغالب نقد البلد كما في البيع وينبغي في ديارنا اذا سمى مويديه
يعطيه الاشرفيه والجقمقيه لتعارف تسمية الكل مويديه والاستواء في المالية والرواج واعلام
المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتاجيله وبيان مكان الايفاء ستتم احد عشر واما
القدرة على تحصيله فالظاهر ان المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليس
شرطا عندنا ومعلوم انه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وتبقى ما قدمناه

من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وان لا يكون حيوانا وانتقاد راس المال
اذا كان نقدا عند ابي حنيفة خلافا لهما وان لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر
ان قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم انه لو اسلم مائتين في كر حنطة منها
مائة دين على المسلم اليه ونقده مائة ان السلم في حصة الدين باطل لفوات قبضه ولا يشيع الفساد
في الكل خلافا لزفر وجه قوله انه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد وايضا قد جعل قبول العقد
في حصة الدين شرطا لقبوله في حصة النقد وهذا شرط فاسد ولنا ان الفساد طاري فلا يشيع
في غير محل المفسد اما ان اضاف العقد الى المائتين مطلقة بان قال اسلمت اليك مائتين في كذا ثم جعل
احدهما الدين فظاهر واما ان اضاف الى الدين والعين جميعا بان قال اسلمت مائة الدين وهذه
المائة في كذا فكذلك وان قيل يفسد في الكل عند ابي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في
حصة الدين والصحيح ان الجواب فيهما عدم الفساد عنده لان العقد لا يتقيد بالدين ولو
قيد به بدليل ان من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد الا اذا كانا يعلمان عدم
الدين فيفسد لامر آخر وهو انهما حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن بخلاف ما لو كانت
المائة على ثالث فانه يشيع الفساد ولذا قيد المصنف كون المائة دينا على المسلم اليه لان المائة على
الاجنبي ليست الا في حقهما وحين لم يتقيد بالدين لم يتحقق الفساد بمجرد ذكر ذلك بل بالافتراق
بلا قبض تلك المائة ولهذا لو نقد المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله جعل
القبول في الفاسد شرطا الى آخره اذ لم يلزم الفساد بالاضافة لفظا الى الدين فكان الفساد طاريا
بلا شبهة وقال في المنظومة ان كان راس المال نوعين نقد هذا ودين ذلك قال الكل فسد ان
لم يبين قسط ذا وقسطه ذا والبر في الشعير والزيت كذا واستشكلت على مسألة الكتاب فقيل
انما قيد بالنوعين لانه اذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية واستشكله صاحب
الحواشي على قول ابي حنيفة لان عنده اذا ورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الاخر
لانه يصير قبول الفاسد شرطا الى اخره قال الا ان هذا في الفساد المقارن الذي يمكن في صلب
العقد لا في الطاري وهذا طاري لان قبض راس المال شرط البقاء العقد على الصحة اما
العقد في نفسه فصحيح واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصفى بان هذا يقتضي ان لا يفسد
في حصة النقد اذا كان راس المال نوعين ايضا ثم قال يحتمل ان الفساد باعتبار ان معرفة راس
المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي المسألة التي قدمها المصنف تفريعا
على اشتراط معرفة مقدار راس المال اذا كان مما يتعلق العقد على قدره فاذا قوبل بشيئين كان
الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى وهو جيد وهو ما فرعه
المصنف على اشتراطه معرفة مقدار راس المال الا ان على هذا لا حاجة الى تقييد المنظومة
بكون احدهما دينا فانه لو كان عينين فسد فيهما لذلك ايضا **قوله** ولا يجوز التصرف في
راس المال ولا المسلم فيه قبل القبض اما الاول وهو راس المال فانما لا يجوز للمسلم اليه
التصرف فيه قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الافتراق
واما الثاني وهو المسلم فيه فلانه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز لما تقدم من الدليل

في موضعه فلا يجوز هبته ولا الاستبدال به اما لو دفع المسلم اليه ما هو اردى من المشروط
فقبله رب السلم او اجود فانه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فانه جنس حقه فهو كترك
بعض حقه واسقاطه في حق رب السلم ومن حسن القضا في حق المسلم اليه وقول القدوري
بعد ذلك ولا يجوز الشركة ولا التولية مع دخولهما في عموم التصرف في المسلم فيه لقرب وقوعهما
في المسلم فيه بخلاف المرابحة فيه والوضيعة فانه غير معتاد ولانه دين وفي الوضيعة
اضرار برب السلم فيبعد وجودهما بخلاف اخذه بمثل ما اشتراه به فانه قرب والشركة هي
معنى اخذ بعضه بمثل ما اشتراه به وقيل هو احتراز عن قول البعض ان التولية تجوز عنده
في بيع العين والسلم **قوله** فان تقايلا السلم لم يكن له اي لرب السلم ان يشتري من المسلم اليه
براس المال شيا حتى يقبضه كله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اخرج
ابو داود وابن ماجة معناه عن عطية العوفي عن ابي سعيد الخدري قال قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم من اسلم في شي فلا يصرفه الى غيره وهذا يقتضي ان لا ياخذ الا اياه ورواه الترمذي
وحسنه وقال لا اعرفه مرفوعا الا من هذا الوجه واخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي
ابن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال اللفظ للدرهمي وقال ابراهيم بن سعيد فلا ياخذ الا
ما اسلم فيه او راس ماله وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه احمد وغيره والترمذي
يحسن حديثه فهو مختلف فيه فحديثه حسن ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر انا معمر عن قتادة
عن ابن عمر عن قتادة عن ابن عمر قال اذا اسلفت في شي فلا تاخذ الا راس مالك او الذي سلفت فيه
واسند عن ابي الشعثا نحوه من قوله فقوله لا تاخذ الا سلمك يعني حال قيام العقد او راس مالك
اي عند الفسخ فاستنبط منه انه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا اي كونه اخذ
شبها بالمبيع بسبب ان الاقالة بيع جديد في حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف ان صحتها
تتوقف على قيام المبيع الى القبض الا يرى انه لو هلك المبيع بعد اقالة البيع قبل القبض تبطل الاقالة
وذلك غير ممكن هنا لان بالاقالة يسقط المبيع لانه دين لا عين فيلاقي لا يعود لكنها قد صحت
فلزم انه اعتبر راس المال بمنزلة المبيع ضرورة لانه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا
واورد عليه لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لانها اقالة بيع سلم فكان يلزم قبض راس المال عند
الاقالة في المجلس ولم يلزم بالاجماع فاجاب عنه المصنف بانه يعني عقد الاقالة ليس في حكم
الابتدا من كل وجه واجاب غيره بان لزوم قبضه قبل الافتراق كيلا يفترقا عن دين بدين
وذلك انما يكون اذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالاقالة ويمكن حمل
جواب المصنف على هذا بتكلف يسير وحاصل جواب صاحب الايضاح ان راس المال جعل كالمسلم فيه
والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له وفيه خلاف زفر اي في منع الاستبدال براس مال السلم من
المسلم اليه بعد اقالة المسلم فعنده يجوز ان يشتري به ما شا وهو القياس لانه بالاقالة بطل
السلم وصار راس المال دينا عند المسلم اليه فيستبدل به كسائر الديون قال والحجة عليه ما
ذكرنا من الاثر والمعنى فهو استحسان بالاثر مقدم على القياس **قوله** ومن اسلم في كر وهو ستون
قفيزا واربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلما حل الاجل اشترى

اشتري المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم
تحقه بان اكاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم
اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان امره ان يقبضه له اي للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكاله له
اي لرب السلم ثم اكاله مرة اخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان
بشرط الكيل فلابد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان
صاع البايع وصاع المشتري وهذا هو محل الحديث على ما مر في الفصل الذي يلي باب المرابحة حيث
قال المصنف ومحل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه ان المستحق بالعقد ما سمي فيه وهو الكر
وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وههنا عقدان ومشتريان فلابد من توفير
مقتضي كل عقد عليه الا يرى ان الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري
كاله لنفسه بحضرة المشتري فقبضه الثاني لابد من ان يكاله اقامة لحق العقد الثاني والصفقتان
شرا المسلم اليه من بايعه الكر والصفقة المقدرية التي اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه
لان المسلم اليه يصير بايعا من رب السلم ما اشتراه لان الماخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين
ناقصه به وقد اخذوا في صحة الامر ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندي ليس هذا بشرط
بل الشرط ان يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذي اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكاله
ثم اعاد كيله صار قابضا لان الغرض انه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل بالثاني فلما قال له
اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم ان طريق صيرورته قابضا لنفسه ان يكيله مرة للقبض عن الامر
وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه ففعل ذلك صار قابضا حقه كانه قال له اذهب فافعل
ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد فيه على قوله فاكاله ثم اكاله لنفسه
جاز وقوله والسلم وان كان سابقا الى اخره جواب سؤال مقدر وهو ان يقال بيع رب السلم مع المسلم
اليه كان سابقا على شري المسلم اليه من بايعه فلا يكون المسلم اليه بايعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع
الصفقتان فلا يدخل تحت النهي فاجاب بقوله السلم وان كان سابقا على شرا المسلم اليه من بايعه
لكن قبض رب السلم المسلم فيه لاحق لشرايه من بايعه وانه اي قبض المسلم فيه بمنزلة ابتدا البيع
لان العين غير الدين حقيقة واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كيلا
يلزم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره اياه مطلقا فاخذ العين عنه في حكم عقد جديد
فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرايه من بايعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيادات
لو اسلم مايه في كر ثم اشتري المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتي درهم الى سنة فقبضه فلما
حل السلم اعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشتري ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن يريد ان رب السلم
اشتري ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن باقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند القبض كانهما جددا
عقدا ومثل هذا فيما لو اسلم في موزون معين فاشتري المسلم اليه موزونا كذلك الى اخره
لا يعتبر قبض رب السلم بخلاف ما لو اشتري المسلم اليه حنطة مجازفة او ملكها بارث او هبة او وصية
واوفاه رب السلم فكاله مرة يجوز به يكتفي بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد واحد بشرط الكيل وهو
السلم ولو اشتري المعدود عدا واسلم في معدود فعلى الروايتين في وجوب اعادة العد في بيع

المعدود بعد شرايه عدا هذا فلو لم يكن سلما ولكن اقرضه فامره بقبض الكر ولم يقل اقبضه لي ثم اقبضه
لنفسك فقبضه بان اكاله مرة جاز لان القرض اعادة ولهذا ينعقد بلفظ الاعارة فكان المردود
عين الماخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيلان لان هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا
لزم تملك الشي بجنسه نسية او تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ولهذا لا يلزم التاجيل في القرض لانه
بيع بجنسه نسية وكذا لو كان الدين الاول سلما فلما حل اقرض المسلم اليه من رجل كرا وامر رب
السلم بقبضه من المقرض ففعل جاز لما ذكرنا وهذا لان عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل
بخلاف البيع مكايلة او موازنة ولهذا لو استقرض من اخر حنطة على انها عشرة اقفزة جاز له
ان يتصرف فيها قبل الكيل قوله ومن اسلم في كر فامر رب السلم المسلم اليه ان يكيله له في غراير
رب السلم والموضع موضع الاضمار فيهما لكنه اظهره لرفع الالتباس ففعل وهو اي رب السلم
غايب لم يكن قبضا حتى لو هلك هلك من مال المسلم اليه والتقييد بغيبته لانه لو كان رب
السلم حاضرا يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغراير له او للبايع او كانت مستاجرة لان الامر
بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين لا العين فصار المسلم اليه مستعيرا
الغراير منه جاعلا ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه دراهم فدفع الداين اليه كيسا ليزنها
المديون فيه لم يصر قابضا هذا اذا لم يكن في غراير رب السلم طعام فلا تردد فان كان قيل لا يصير
قابضا لما قررنا ان امره غير معتبر في ملك الغير قال في المبسوط والاصح عندي انه يصير قابضا
لان امره بخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا وهو نظير ما
سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم الى صايغ وقال زد من عندك نصف درهم وصغ لي
بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا ولو كانت الحنطة مشتراة غير مسلم فيها والمسئلة
بحالها اي دفع المشتري غرايره للبايع وامره ان يكيلها فيها ففعل بغيبته صار قابضا لان الامر
صح هنا لانه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف امره ملكه ونظيره ما لو امره بطحن الحنطة
المسلم فيها فطحنها المسلم اليه كان الدقيق للمسلم اليه فلو اخذ رب السلم الدقيق كان حراما لانه
استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ولو كانت مشتراة فامر المشتري البايع ان يطحنها فطحنها كان
للمشتري فلو هلك الدقيق في الاول هلك من ملك المسلم اليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان
ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ومثله اذا امر رب السلم المسلم اليه
ان يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم اليه ولو امر المشتري البايع به كان قابضا فهلك من
مال المشتري لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل الواحد في الشرا في الصحيح لانه نايب عنه في الكيل
والوقوع في غراير المشتري وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفي الا بكيلين على ما مر قبل
باب الربا ولو كان في البيع امر المشتري البايع ان يكيله في غراير البايع ففعل بغيبته لم يصر
قابضا لانه استعار غرايره ولم يقبضها فلم تتم الاعارة لانها لما كانت عقد تبرع لم تتم الا
بالقبض فلم تصر الغراير في يده فكذا ما يقع فيه على ما ول الظرف ونحوه وصار كما لو امر المشتري
البايع ان يكيله ويعزله في مكان في بيت البايع ففعل بغيبته لم يصر قابضا ولو اجتمع الدين والعين
بان اشتري رب السلم من المسلم اليه كرا معينا بعد حلول المسلم فامره ان يكيل في غراير المشتري

كليهما فيفعل بعينه ان بدا بالكر العين ثم بالسلم فيه صار المشتري قابضا لهما اما العين فلصحة
الامر فيه لانه لاقى ملكه واما الدين فلاتصاله بملكه ومثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة
ولم يقبضها ثم امر المقرض ان يزرعها في ارض المستقرض وكمن دفع الى الصائغ خاتما وامره ان يزيد
من عنده نصف دينار ففعل بعينه لزمته الزيادة ولغيره ترها عليه لاتصال ملكه فيهما وان
بدا بالدين فكاله في الغراير لم يصر قابضا اما في الدين فلعدم صحة الامر لما قلنا واما في العين فلانه
خلطه بمال المشتري بجنسه من مال نفسه يصير مستهلكا له عند ابي حنيفة فينتقض البيع لهلاك
المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بفعله ليكون به مستهلكا لانه بامره اجاب المصنف
بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كونه مراده ان يفعل ذلك على وجه يصح وهو ان يبدا بالعين
وعندهما لما لم يكن استهلاكا يصير المشتري بالخيار ان شاء نقض البيع لعيب الشركة وان شاء شاركه
في المخلوط واورد ان صبغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكه قابضا به اجيب بان المعقود عليه
ثمة الفعل لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال **قوله** ومن اسلم جارية
في كر حنطة حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الاقالة في السلم والبيع بالثمن وبيع المقايضة
ففي السلم تجوز الاقالة قبل هلاك الجارية وبعده لان صحة الاقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام
المبيع الى ان يقبض في السلم المبيع قصدا هو المسلم فيه فهلاك الجارية وعدمه لا يعدمه لان الدين
المسلم فيه فجازت الاقالة اذا ماتت قبل الاقالة او بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه
وهو المسلم فيه واذا جازت انفسخ في الجارية تبعا فوجب ردها وقد عجز فيرد قيمتها يوم القبض
لان السبب الموجب للضمان كان فيه فصار كالغصب وفيما لو كان اشترى جارية بالف درهم
مثلا لا تجوز الاقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الاقالة قبل القبض لان الجارية
هي المعقود عليه في البيع فلا ينفسخ الاقالة بعد موتها ولا تبقى على الصحة اذا هلكت بعدها ولو
كان البيع مقايضة بان دفع الجارية في ثوب صحت الاقالة بعد هلاكها اذا كان العوض الاخر
باقيا لان كلا منهما مبيع من وجه **قوله** ومن اسلم الى رجل الى اخره الاصل في هذه المسائل
انهما اذا اختلفا في الصحة فان خرج كلام احدهما مخرج التعنت وهو ان ينكر ما ينفعه كان باطلا
اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة ايضا اذا اتفقا على عقد واحد وان كان خصمه هو المنكر
والا فالقول للمنكر وان انكر الصحة اذا عرف هذا جينا الى المسائل اسلم الى رجل في كر فقال المسلم اليه
شرطت لك رديا وقال رب السلم لم تشرط شيا فالقول قول المسلم اليه بالاتفاق وهو قول الشافعي
لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على راس
المال في العادة وان كان راس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا
العاجل بذلك الآجل ولولا انه يربو عليه وان كان اجلا لم تطبق آراءهم عليه وكلام المتعنت مردود
فبقي قول الاخر بلا معارض واما التوجيه بان الظاهر الصحة الى آخره فخص ابا حنيفة تمشية في هذا
المحل والمراد هنا توجيه الاتفاق على ان القول للاخر وهما لا يقولان ان القول لمدعي الصحة دائما
لبطلانها بظهورها في مباشرة العاقل وفي عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردي وانكر المسلم
اليه الشرط اصلا لم يذكر محمد في الكتاب وقالوا اي المشايخ يجب ان يكون القول لرب السلم عند ابي حنيفة

وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة وعندهما القول للمسلم
اليه لانه منكر وان انكر الصحة وسيقرر المصنف الوجه في ثلاث المسائل التي تلي هذه ولو قال
المسلم اليه لم يكن فيه اجل وقال رب السلم فيه اجل فالقول قول رب السلم اي بالاتفاق وكذا في
مقداره وهو قول الشافعي لان كلام المسلم اليه هنا تعنت لانه ينكر ما ينفعه وما هو حقه وهو
الاجل لان الاجل لترفيه المسلم اليه وهذا استحسان واورد عليه ينبغي ان يكون القول لمن يدعي
الفساد لان المسلم فيه لما كان في العادة يربو على راس المال كان انكار المسلم اليه الصحة خصومة
فلا يكون متعنتا وهذا الايراد وجه القياس فاجاب عنه المصنف بقوله والفساد لعدم
الاجل ليس متيقنا حتى يكون انكارا للصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لان السلم الحال جائز عند بعض
المجتهدين فلا يعتبر النفع في رد راس المال لانه ليس بلازم قطعا بخلاف عدم الوصف كالرداءة
ونحوها على ما تقدم فانه ملزوم قطعا للفساد وفي عكسه وهو ان يدعي المسلم اليه الاجل
ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لانه ينكر حقا عليه وهو زيادة الربح الكائن في قيمة
المسلم فيه على ما دخل في يده من راس المال فصار كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح الا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فان القول لرب المال لانه ينكر استحقاق زيادة
الربح وان تضمن ذلك انكار الصحة ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط
لان على هذا التقدير القول للمضارب ولان انكار الزيادة على ذلك التقدير لا على هذا وعند ابي حنيفة
القول للمسلم اليه وهو قول الشافعي لانه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين
على الصحة ظاهرا اذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ولانه هو المفيد
لتمام الغرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعه شرعا ولان
شرط الشيء تبع له فالاتفاق على صحته وهذا العقد اتفاق على صدور شرائطه فانكار الاجل انكار بعد
الاقرار ظاهرا فلا يقبل وصار كما لو اختلف الزوجان في التزوج بشهود او بلا شهود فالقول لمن يدعي
بشهود بخلاف المضاربة لانه اي عقد المضاربة ليس بلازم ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل
شرائه براس المال وكذا المضارب له فسخه واذا كان غير لازم لم يرتفع باختلافهما واذا ارتفع بقي دعوى
المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له اما السلم فعقد لازم فلا يرتفع بالاختلاف
فكان مدعي الفساد متعنتا فيصير ظاهرا كما ذكرنا ولان عقد المضاربة اذا صح كان شركة واذا فسد صار
اجارة فلم يتفقا على عقد واحد فان مدعي الفساد يدعي اجارة ومدعي الصحة يدعي الشركة فكان
اختلافهما في نوع العقد بخلاف السلم فان السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الاجل سلم لا عقد
آخر ولهذا احنث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده
فالقول لمدعي الصحة واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة
فان القول للمضارب ولم نقل اختلفا في نوع العقد اجيب بان المضارب ادعى الصحة والشركة ورب
المال اقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم بقوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعي الفساد
لان اول الكلام لا يتوقف على اخره فيه بخلاف قوله الا عشرة بالاستثناء فانه يتوقف اذ صدر الكلام
مع الاستثناء كلام واحد قيل فيه نظر لان في الاصول فيما اذا زوجه الفضولي اختين في عقدتين

فقال اجزت نكاح هذه وهذه يفسدان لانه توقف اوله على اخره بوجود الغير في اخره وان كان بحرف العطف واورد ايضا ما اذا قال تزوجتك وانا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع انه يدعي فساد العقد اجيب بانه ما اقر باصل العقد بل انكره حيث اسنده الى حال عدم الاهلية واعلم ان انكار الاجل على ثلاثة اوجه احدها في اصل الاجل وهي مسئلة الكتاب والثاني في مقدار الاجل والقول فيه قول من يدعي الاقل مع يمينه فان قامت بينة لمدعي الاكثر قضي بها وان قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبت الزيادة والثالث في مضي الاجل اذا قال رب السلم مضى الاجل المسمى وقال المسلم اليه لا فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة عليه ومن اقام بينة قضي له فان اقاماها فالبينة بينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل هذا والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني انه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى انه جيد وانكر الطالب فالقاضي يري اثنين من اهل تلك الصنعة وهذا احوط والواحد يكفي فان قالا جيد اجبر على القبول فاذا اختلفا في السلم يتحالفان استحسانا وبدا بيمين المطلوب عند ابي يوسف ثم رجع وقال بيمين الطالب وهو قول محمد وان قامت لاحدهما بينة قضي بها وان قامت لهما بينة قضي ببينة رب السلم بسلم واحد عند ابي يوسف وقيل هو قول ابي حنيفة والمسئلة على ثلثة اوجه لان راس المال اما عين او دين وكل وجه على ثلاثة اوجه اتفقا على راس المال واختلفا في المسلم فيه او على القلب او اختلفا فيهما فان كان راس المال عينا واختلفا في السلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كر حنطة وقال الاخر في نصف كر او في شعير او في الحنطة الردية واقاما البينة قضي ببينة رب السلم بالاجماع وان اختلفا في راس المال فقال احدهما هذا الثوب وقال الاخر هذا العبد واتفقا في المسلم فيه انه الحنطة او قال احدهما هذا الثوب في كر حنطة وقال الاخر في كر شعير واقاما البينة قضي بالسلمين محمد مر على اصله وابو يوسف يقول كل يدعي عقدا غير ما يدعيه الاخر وان كان راس المال دراهم او دنانير ان اتفقا في راس المال واختلفا في المسلم فيه واقاما البينة فالبينة لرب السلم ويقضي بسلم واحد عند ابي يوسف خلافا لمحمد وان كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف ولو اختلفا فيهما فقال احدهما عشرة دراهم في كر حنطة وقال الاخر خمسة عشر في كر واقاما البينة فعند ابي يوسف تثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرين ولا يقضي بسلمين وعند محمد يقضي بسلمين عقد بخمسة عشر في كر وعقد بعشرة في كرين ولو ادعى احدهما ان راس المال دراهم والاخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي ان يقضي بسلمين كما في الثوبين ومنها اسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بجيد فقال خذ هذا وزدني درهما فعلى وجوه اما ان كيليا او وزنيا او ذرعيا ففي الكيلي كان اسلم في عشرة اقفزة فجاء باحد عشر وقال زدني درهما جاز لانه باع قفيزا بثمن معلوم ولو جاء بتسعة وقال خذ وارد عليك درهما فقبل جاز ايضا فان اقاله في البعض فيجوز كما في الكل ولو جاء بحنطة اجود او اردي فاعطى درهما او اخذ لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز وقدمنا انه في الاردى والاجود انه يجوز بالاجماع اذا لم يكن مع شئ اخر وفي الثوب ان جاء بازيد بذراع وقال زدني درهما جاز وهو بيع ذراع بدرهم

يمكن

يمكن تسليمه بخلاف بيعه مفردا وكذا اذا اتى بالزيادة من حيث الوصف فانه يجوز عندهم وان جاء بانقص قدر فرد معه درهما لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد لانه اقالة فيما لا تعلم حصته لان الذرع وصف وحصته مجهولة هذا اذا لم يبين لكل ذراع حصة فان بين جاز بالاتفاق وكذا لو جاء بانقص وصفا لا يجوز ولو بازيد وصفا جاز الكل في الاصل قوله ويجوز السلم في الثياب اذا بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم والرقعة يراد بها قدر الثخن ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه اذا كان حريرا فان عند باقي الايمة الثلثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر وكذا يجوز في البسط والاكسية والمسوح والجوالق والبواري اذا بين الطول والعرض والصنعة وكل ما اختلفت قيمته بالثقل والخفة من الثياب عرفا كالوذاري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع باجرا في المنتقى اذا باع ثوبي حرير بدابية لا يجوز الا وزنا بوزن وهذا هو الصحيح في السلم بخلاف البيع لان الاشارة يكتفى بتعرفها غاية الامر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة ونحو غير مانع وفي الطول يذكر عدد الذرعان ويجب ان يتوسط عند الذرع بين ارخاء الثوب ومده ثم ان كان الذرا مختلف الطول فلا بد من تعيينه الا ان يكون احدها هو المتعارف واذا دخل ثيابا بالحرير الوزن لزم ان لا يجوز بيعها بجنسها جزافا فلهذا ذكر الفقه وري ان بيع ثوب بخز بثوب بخز بدابية لا يجوز الا وزنا كما في الصفر قوله ولا يجوز السلم في الجواهر بالاختلاف الا ما لا تك ولا في الخرز لان احادها تتفاوت تفاوتا فاحشا في المالية فان الجواهرتين قد تتحدان وزنا وتختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة اللهم الا في الصغار التي تدق للكحل والتداوي فيجوز وزنا ولا باس بالسلم في اللبن والاجر اذا سمي ملبنا معلوما لانه عددي متقارب اذا سمي الملبن وقوله لا سيما اذا سمي الى اخره يعطي انه متقارب فلا يشترط تسمية الملبن بل اذا سميا يكون احسن وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتا فاحشا وذكر بعضهم انه لا يجوز بيع ماية آجرة من اتون وفي عرف بلادنا يسمونه قمينا او قميرا وهو الذي يبنى فيشوى فيه الآجر والحجارة تعل جيرا لانه يتفاوت في النضج تفاوتا فاحشا فلا يجوز بيعه والحنا في السلم بالتفاوت بالمتقاربة قوله وكل ما امكن ضبط صفته الى اخره لا خلاف فيه كالقطن والكتان والابريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر والحنا والوسمة والرياحين اليابسة والجذوع اذا بين طولا وعرضا وغلظا والقصب وصنوف الاخشاب ويجوز السلم في التبن كيلا بالغراير وقيل هو موزون وقيل يعتبر التعارف وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه اهل العرف شنيفا قوله ولا باس بالسلم في طست او قمقمة او خفين ونحو ذلك كالكوز والانية من النحاس والزجاج والحديد والقلنسوة والطواجن اذا اضبط واستقصى في صفته من الغلظ والسعة والضيق بحيث يحصر فلا يتفاوت الا يسيرا قوله وان استصنع شيا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا الاستصناع طلب الصنعة وهو ان يقول لصانع خف او مكعب او صفار اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا او دسة اي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى او لا يعطي شيا فيعقد الاخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اذ لا يمكن اجارة لانه استيجار على العمل في ملك الاجير وذلك لا يجوز كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان الى مكان كذا بكذا واصبغ ثوبك احمر بكذا لا يصح ولا بيعا لانه بيع معدوم ولو

كان موجودا املوكا لغير العاقد لم يجز فاذا كان معدوما فهو اولى بعدم الجواز ولكنا جوزناه استحسانا بالتعامل الراجع الى الاجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليوم بلا نكير والتعامل بهذه الصفة اصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع امتي على ضلالة وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما واحتجم صلى الله عليه وسلم واعطى الحجام مع ان مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند احد ومثله شرب الماء من السقا وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فاباحه بمئزر ولم يبين له شرطا وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الان وهو ان لا يذكر عدد ما يصب من ملء هذه الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل وفيما لا تعامل فيه رجعنا فيه الى القياس كان يستصنع حائكا او خياطا لينسج له او يخيط قميصا بغزل نفسه ثم اختلف المشايخ انه مواعدة او معاقدة وانما ينعقد عند الفراغ بالتعاطي ولهذا كان للصانع ان لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع ان لا يقبل ما ياتي به ويرجع عنه ولا يلزم المعاملة والمزارعة على قول ابي حنيفة لفسادهما مع التعامل لثبوت الخلاف فيهما في الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق والصحيح من المذهب جوازه بيعا لان محمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة ولانه جوزه فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه ولو كان مواعدة جاز في الكل وسماه شرا فقال اذا راه المستصنع فهو بالخيار لانه اشترى ما لم يره ولان الصانع يملك الدراهم بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها واثبات ابي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على انه غير بيع الا ترى ان في بيع المقايضة لو لم ير كل منهما عين الاخر كان لكل منهما الخيار وحين لزم جوازه علمنا ان الشارع اعتبر فيه المعدوم موجودا وفي الشرع كثير ذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح اذا نسيها والرهن بالدين الموعود وقراة الماموم وقوله والمعقود عليه العين دون العمل نفي لقول ابي سعيد البردعي المعقود عليه دون العمل لان الاستصناع ينبئ عنه كما قلنا والاديم والصرم بمنزلة الصبغ والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لانه اشترى ما لم يره ولذا لو جاء به مفروغا لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز وانما يبطله بموت الصانع لشبهه بالاجارة وفي الذخيرة هو اجارة ابتداء بيع انتهاء لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل انهم قالوا اذا مات الصانع يبطل ولا يستوفي المصنوع من تركته ذكره محمد في كتاب البيوع فان قيل لو انعقد اجارة اجبر الصانع على العمل والمستصنع على اعطاء المسمى **اجيب** بانه انما لم يجبر الصانع لانه لا يمكنه الا باتلاف عين له من قطع الاديم ونحوه والاجارة تفسخ بهذا العذر الا ترى ان المزارع له ان لا يعمل اذا كان البذر من جهته وكذا رب الارض لانه لا يمكنه المضي بهذه الاجارة الا بذلك والمستصنع لو شرط تعجيله لان هذه الاجارة في الاخر شراء ما لم يره ولان جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا اللزوم ولذا قلنا للصانع ان يبيع المصنوع قبل ان يراه المستصنع لان العقد غير لازم واما بعد ما راه فالاصح انه لا خيار للصانع بل اذا قبله المستصنع اجبر على دفعه له لانه بالاخر بايع له **مسايل منثورة** المسايل التي تشذ عن الابواب المتقدمة فلم تذكر فيها اذا استدركت سميت مسايل منثورة اي عن ابوابها **قوله** ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سوا هكذا اطلق في الاصل فمشى بعضهم على اطلاقه كالقدوري وفي نوادر هشام عن محمد نص على

جواز

نا الحاكم الشهيد والصفار ومحمد ابن سلمة وصاحب المنثور مواعدة

جواز بيع الكلب العقور وتضمين من قتله قيمته وروى الفضل بن غانم عن ابي يوسف نصه على منع بيع العقور وعلى هذا مشى في المبسوط فقال يجوز بيع الكلب اذا كان بحال يقبل التعليم ونقل من النوادر انه يجوز بيع الجرو لانه يقبل التعليم وانما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعليم وقال هذا هو الصحيح من المذهب قال وهكذا نقول في الاسد اذا كان يقبل التعليم ويصطاد به يجوز بيعه وان كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز قال والفهد والبازي يقبلان التعليم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع النمر بحال لانه لشراسته لا يقبل تعليما وفي بيع القرد روايتان عن ابي حنيفة رواية الحسن الجواز ورواية ابي يوسف المنع وقال ابو يوسف اكره بيعه لانه لا منفعة له وانما هو للهو وهذه جهة محرمة ووجه رواية الجواز انه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية اطلاق بيع الكلب والسباع فانه مبني على ان كل ما يمكن الانتفاع بجلده او عظمه يجوز بيعه ويجوز بيع الهرة لانها تصطاد الفار والهوام المؤذية فهي منتفع بها ولا يجوز بيع هوام الارض كالخنافس والعقارب والفارة والنمل والوزغ والقنافذ والضب ولا هوام البحر كالضفدع والسرطان وذكر ابو الليث انه يجوز بيع الحيات اذا كان ينتفع بها في الادوية وان لم ينتفع فلا يجوز ويجوز بيع الدهن النجس لانه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين اما العذرة فلا ينتفع بها الا اذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها الا تبعا للتراب المخلوط بخلاف الدم يمتنع مطلقا **قوله** وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب مطلقا سواء كان معلما او لم يكن واما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي ان يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا او عدوا وللحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد او ماشية نقص من اجره كل يوم قيراطان ووجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن ابي رباح عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت واخرجه الدارقطني بسندين فيهما ضعف وفي الصحيحين عن ابي مسعود الانصاري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن وفي صحيح مسلم عن جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تشعر بهوان المحل والبيع برفعته فلا يجتمعان وعارضه المصنف بوجهين احدهما انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية وهو غريب بهذا اللفظ نعم اخرج الترمذي عن ابي هريرة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب الا كلب صيد وضعفه الترمذي قال وقد روي ايضا عن جابر مرفوعا ولا يصح اسناده والاحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء لكن روى ابو حنيفة في مسنده عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال ارخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد فان الهيثم ذكره ابن حبان في الثقات من اتباع التابعين هذا الحديث على رايهم يصلح مخصصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وان كان دونه في القوة عندهم حتى اجازوا تخصيص العام القاطع بخبر الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع ثم دليل التخصيص مما يعلل ويخرج من العام مرة اخرى وتعليل اخراج كلب الصيد شاطع انه لكونه منتفعا به وخصوص الاصطياد ملغى اذ لا يظهر موجب لذلك فصار الكلب المنتفع به

خارجا سوا انتفع به في صيد او حراسة ماشية وخرج العقور ومن مشى من اهل المذهب على التعميم
في جواز بيع الكلب يقول كل كلب يتاتى منه الحراسة فيجوز بيع الكل ويرد عليه انه حينئذ نسخ لموجب
العام بالتعليل ولا نسخ بقياس فالوجه ان يعلل دليل التخصيص بنفع لا يترتبوا عليه مفسدة ويدعى في
العقور ان مفسدته تربو على منفعة حراسته لان منفعته خاصة يقترن بها ضرر عام للناس فيخرج مما
ماسواه وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بانه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب
الخصم اعني شمول المنع فيحتاج بعده الى دليل المذهب وليس الا الوجه الثاني وعلى تقرير ما يتم
الاول ايضا وقد استدل في الاسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بان عبد الله بن عمرو بن
العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قضى في كلب باربعين درهما ولم يخصص نوعا
من انواع الكلاب وهذا الحديث لا يعرف الا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الاعلى
عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو انه قضى في كلب صيد قتله
رجل باربعين درهما وقضى في كلب ماشية بكبش وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في انواع الكلاب
فجعلها دليلا على العموم خطا ظاهر ثانيهما هو قوله ولانه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا
لا يعني ما لا مملوكا متقوما اما كونه مالا فلان المال اسم لغير الادمي خلق لمنفعته المطلقة
شرعا وهذا كذلك فكان مالا واما انه مملوك متقوم فلانه محرز مادون شرعا في الانتفاع به والملك
يثبت بالاحراز بدار الاسلام والتقوم بالتمول وكلاهما ماذون فيه شرعا اذ قد اذن الشرع في اقتناء
كلب الماشية والصيد واذا كان كذلك جاز بيعه ولا يخفى ان هذا المنع لا يترجح على النص الصحيح
الصحيح غاية ما في الباب ان يسلم انه مال محرز متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال
فاجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك لما قلنا اول الكتاب من ان الامر بقتل الكلاب كان امرا
محققا في الاول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي
عن ابي بكرة قال حدثنا شعبة عن ابي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال امر رسول الله صلى الله
عليه وسلم بقتل الكلاب ثم قال ما لي وللكلاب ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد بن
ولهذا المعنى طرق كثيرة فوجب حمل ما روي من التشديد في سورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص
في بيع النوع الذي اذن في اقتنائه الاول على الحالة الاولى والثاني على الثانية فكان منع البيع
على العموم منسوخا باطلاق بيع البعض بالضرورة واجاب عن قوله نجس العين المنع بدليل
اطلاق الانتفاع به وقال لو سلم فنجاسة عينه توجب حرمة اكله لا منع بيعه بل منع البيع بمنع
الانتفاع شرعا ولهذا اجزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينهما لاطلاق الانتفاع بهما عندنا
بخلاف العذرة لم يطلق الانتفاع بها فمنع بها فمنع بيعها فان ثبت شرعا اطلاق الانتفاع مخلوطة
بالتراب ولو بالاستهلاك كالاستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه
وبه قال مشايخنا وانما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله قوله صلى الله عليه وسلم
فيما اخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعلة قال سالت ابن عباس عما يعصر من العنب فقال ابن عباس ان
رجلا اهدى الى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل
علمت ان الله حرم شربها قال لا قال فسار انسانا فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بم ساررته

قال امرته

قال امرته ببيعها فقال ان الذي حرم شربها حرم بيعها قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها واخرج
البخاري عن جابر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة ان الله حرم بيع
الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يا رسول الله ارايت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويدهن
بها الجلود ويستصبح بها الناس قال لا هو حرام ثم قال قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوه
فباعوه واكلوا ثمنه وهذا يتم به شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة وقوله وقد
ذكرناه يعني في باب البيع الفاسد ويقوم اشكالا على جواز بيع السرقين اللهم الا ان يقال لا شك انه
لا بد من تقدير في نحو حرمت الخمر فانا بينا في الاصول ان التحريم المضاف الى الاعيان يتعدى اضافته
الى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والاكل من الميتة واللبس من الحرير فقوله صلى الله
عليه وسلم في حديث ان الله اذا حرم شيئا يعني اذا حرم ما هو المقصود من الشيء حرم بيعه واكل ثمنه
كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الاكل والشرب وليس هذا الحديث في السرقين
فلم يثبت فيه تحريم البيع فان قال النجاسة سبب قلنا ممنوع فيحتاج الى دليل اخر اما هذا الحديث
فانما يفيد ان تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه قوله واهل الذمة في البياعات
كالمسلمين يجوز لهم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لانهم مكلفون موجبا البياعات
والتصرفات محتاجون الى مباشرتها وقد التزموا احكامنا بالاقامة في دارنا واعطاء الجزية فلا يجوز
منهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا السلم في حيوان ولا النسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن
في البيوع كالمسلمين الا في الخمر والخنزير فانما يجيز بيع بعضهم بعضا الخصوص فيه من قول عمر اخرجه
ابو يوسف في كتاب الخراج عن اسرائيل عن ابراهيم عن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر
عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال يا هؤلاء انه بلغني انكم تاخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر
فقال بلال اجل انهم يفعلون ذلك فقال فلا تفعلوا ولكن ولوا اربابها بيعها ثم خذوا الثمن منهم
ولا يجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله
عليه وسلم اعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين لم يعرف قوله ومن قال لغيره بع عبدك
من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فقال بعت فهو جائز وهو جواب
للكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بالف جوابا او ابتداء قال في
بعض الشروح ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال بذلك لقول الرجل لامراته طلقي
نفسك ان شئت فقالت طلقت يجعل قبولا استحسانا فكذا هذا وفي بعضها ما يفيد انه ايجاب فانه
قال ولو لم يكن جوابا ولا مساومة وحصل ايجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك وهذا هو
الصواب لان قوله بع عبدك امر ولفظة الامر لا يكون في البيع ايجابا على ما مر من انه لو قال
بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الاخر بعده بخلاف طلقي نفسك في التفويض في
الخلع فلا بد ان المشتري يقول بعد بعت من البائع اشتريت او معناه على ما سلف هناك ولو
لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بالف فقط لانه اذا قال من الثمن فقد اضاف الى نفسه زيادة
خمسمائة في الثمن الى بيعه والزيادة في الثمن جائزة عندنا خلافا لزفر والشافعي والضمان جائز
الاضافة تعقد وجد المقتضي للزوم بلا مانع واذا لم يقل من الثمن لم يلتزم الخمسمائة من الثمن بل التزم

ما لا يعطيه اياه ان باعه بالف وهذه رشوة اذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينعقد بالف
فقط ثم في الاول ان كان بامر المشتري كان له ان يحبس المبيع حتى ياخذ الخمس مايه من الضامن لان
البيع على المشتري صار بالف وخمس مايه وللمشتري ان يرابح على الف وخمس مايه ولو كانت دارا لها
شفيع اخذها بالف وخمسماية ولو رد بعيب او تقايلا فالبايع يرد الالف على المشتري والخمس مايه
على الضامن ولو كان بغير امره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبايع حبس المبيع على الخمس مايه
ويرابح على الف وياخذها الشفيع بالف ولو ردت بعيب او تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الخمس مايه
فان قيل ينبغي ان لا يصح هذا لان الشرا على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز فكذا على ان يكون بعضه عليه
اجاب الكرخي بمنع كون الشرا على ان الثمن على الاجنبي لا يجوز اذ لا رواية فيه عن اصحابنا وتعقبه
الرازي بان محمدا نص على انه اذا اشترى بدين له على غير البايع لا يجوز لانه شرط في البيع كون تسليم الثمن
على المشتري فاولى ان لا يجوز اذا كان اصل الثمن على غير المشتري ثم اختار ان القياس ان لا يجوز ولكنا تركناه
بمعنى حديث ابي قتادة في الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلوة عليه للدين الذي عليه
فالتزمه ابو قتادة فصلى عليه فقد التزم دينا لا في مقابلة شي يحصل للملتزم وهذه الزيادة
من الاجنبي كذلك اذ لم يحصل للاجنبي في مقابلتها شي ودفع بانه لو كان بالنظر الى مقتضى هذا الحديث
لزم جواز اشتراط كل الثمن على الاجنبي ولا يجوز ذلك فالجواب هو ما ذكره المصنف ان هذه الزيادة
لها شبه ببدل الخلع حيث لم يكن في مقابلته شي يسلم للملتزم وبدل الخلع يجوز اشتراطه على الاجنبي
وقد يقال هذا التعليل قاصر فان الزيادة كما تكون في مقابلة شي ووجودها في مقابلة شي اكثر احوال
العقد فان احواله ثلثة كونه خاسرا او رابحا وعدلا وكونها لا في مقابلة شي في وجه من الثلثة وهو
كونه رابحا يجوز اعتبار الاقل بل الواجب اعتبار الحال الاغلبية في المشابهة خصوصا اذا كان يبنى
عليها حكم شرعي فالاولى ما قيل ان الزيادة تثبت تبعا فجاز ان تثبت على الغير بخلاف اصل الثمن الثابت مقصودا
فان قيل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل قلنا لا نسلم
من صحة الكفالة توجه المطالبة على الاصيل الا ترى ان من قال لزيد على فلان الف وانا كفيل بها فانكر
فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز ههنا كذلك وذلك لان المشتري لم يلتزمها انما التزم هذا
القدر من الثمن الاجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب **قوله** ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها
فوطئها الزوج فالنكاح جائز ووطي الزوج قبض من المشتري خلافا للائمة الثلاثة اما الاول
فلوجود سبب ولاية الانكاح على الامة وهو ملك الرقبة على الكمال بخلاف ما لو ملكها على الكمال كالتي
ملك نصفها لا يملك التزويج به وانما جاز انكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لان البيع يفسد
بالغرر دون النكاح وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض والنكاح لا ينفسخ
بهلاك المعقود عليه اعني المراة قبل القبض ولان القدرة على التسليم شرط في البيع وذلك انما
يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح الا ترى ان بيع الابق لا يصح وتزويج الابقة يجوز
وحاصل هذا ان تعليل النهي عن البيع قبل القبض واذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل
القبض واردا في النكاح قبل القبض ليثبت بدلالته واما الثاني فلان وطي الزوج حصل بتسليط
من المشتري فصار فعله كفعل المشتري ولو وطئها المشتري كان قابضا فكذلك الزوج ولو لم يطاها

الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا حتى لو هلكت بعد التزويج قبل الوطي هلكت من مال البايع
والقياس ان يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن ابي يوسف حتى اذا هلكت بعد ذلك هلكت من مال
المشتري لان التزويج تعييب منه للمبيع ولذا يثبت خيار الرد اذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج
والمشتري اذا عيب المبيع يصير قابضا له وجه الاستحسان انه لم يتصل بها فعل حسي من المشتري والتزويج
تعييب حكمي بمعنى تقليل الرغبات فيها فكان كنقصان السعر كالاقرار منه عليها بدين والمشتري اذا اقر بدين
على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا له فكذا بمجرد التزويج بخلاف الفعل الحسي كان فقا عينها مثلا
او قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلا على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير
فانه يصير بهما قابضا وليس باستيلا على المحل بفعل حسي والجواب انا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا
فالمعنى ان الفعل الذي يكون قبضا هو الفعل الحسي الذي يحصل الاستيلا والقبض الحاصل بالعتق ضروري
ليس مما نحن فيه وذلك انه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لانه يثبت
حق الحرية للمدبر ويثبت الولا هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول ابي يوسف
خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول ابي يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من
الاصل فصار كان لم يكن فكان النكاح باطلا وقيد القاضي الامام ابو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل
القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع
قوله ومن اشترى عبدا فغاب قبل القبض ونقد الثمن فاقام البايع البينة انه باعه اياه ولم يقبض الثمن
فان كانت غيبة المشتري غيبة معروفة لم يبعه القاضي في دين البايع لانه يمكن ايصال البايع الى حقه بدون
البيع فيكون ابطالا لحق المشتري في العين المبيعة من غير ضرورة وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن
بنصب الثمن مفعولا ثانيا لبيع **وقوله** وان لم يدر اين هو يبين ان الغيبة المعروفة ان يعلم اين هو وقول
المصنف في تعليل بيع القاضي لان ملك المشتري ظهر باقراره يعني باقرار البايع فيظهر على الوجه الذي اقر
به وهو كونه مشغولا بحقه يبين ان البيع من القاضي ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين
على الغايب فما هي الا لكشف الحال ليجيبه القاضي الى البيع نظرا للغايب لا ليثبت الدين عليه فانه لو
لم يقمها لم يجبه الى ذلك واذا تعذر استيفاؤه والفرض انه احق بمالية هذا العبد لانه كالرهن في
يده الى استيفاء الثمن حتى لو مات المشتري مفلسا كان البايع احق بماليته من ساير الغرما كالمرتهن اذا
مات الراهن فانه احق من ساير الغرما فيعينه القاضي على بيعه بخلاف ما بعد قبض المبيع لان حقه
اي البايع لم يبق معلقا به بل هو دين في ذمة المشتري والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت
دين على غايب فلا يمكن القاضي من البيع وقضا الدين وهذا طريق الامام السرخسي وتقرير شيخ الاسلام
يشعر بخلافه حيث قال القياس ان لا يقبل هذه البينة لانها على اثبات حق على الغايب وليس ثم خصم
حاضر لا قصدي ولا حكمي فهو كمن اقامها على غايب لا يعرف مكانه لا تقبل وان كان لا يصل الى حقه
وفي الاستحسان تقبل لان البايع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى ان ينفق
عليه الى ان يحضر المشتري وربما تربى النفقة على الثمن والقاضي ناظر لاحيا حقوق الناس فكان للقاضي
ان يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو اقامها ليثبت حقا على الغايب لينزع شيا من يده لا يقبلها والاجماع
في مثله لدفع البلية عن البايع وليس فيه ازالة يد الغايب عما في يده لان البايع يستوفي حقه مما في يده

واورد عليه انه يستلزم بيع المنقول قبل القبض اجيب بان من المشايخ من قال ينصب القاضي من يقبضه
ثم يبيعه وقال اخرون لا يحتاج الى ذلك لان هذا البيع يثبت ضمنا لانه غير مقصود بل المقصود
النظر للبايع باحياء حقه والبيع ضمن له هذا اذا كان المشتري واحدا فغاب فلو كان المشتري
اثنين فغاب احدهما قبل اعطا الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق
فلو نقده اختلفوا في مواضع الاول هل يجبر البايع على قبول حصة الغايب عند ابي يوسف
لا وعند ابي حنيفة ومحمد يجبر والثاني لو انه قبل هل يجبر البايع على تسليم نصيب الغايب للحاضر
عند ابي يوسف لا بل لا يقبض الا نصيبه على وجه المهاياة وعندهما يجبر والثالث لو قبض الحاضر
العبد هل يرجع على الغايب بما نقده عند ابي يوسف لا وعندهما يرجع وللحاضر حبس نصيب
الغايب اذا حضر حتى يعطيه ما نقد عنه وجه ابي يوسف ان الحاضر قضى دين الغايب بغير امره
فكان متبرعا فلا يرجع واذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لانه اجنبي عنها ولهما انه مضطر
فيه اي في دفع حصة الغايب لانه لا يمكنه الانتفاع بملكه الا باداء الجميع لان البيع الصادر اليهما
من البايع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس وصار كمعير الرهن اذا افلس الراهن وهو
المستعير او غاب فان المعير اذا افتكه بدفع الدين رجع على الراهن لانه مضطر فيه وكان كصاحب العلو
اذا سقط بسقوط السفل كان له ان يبني السفل اذا لم يبنه مالكه بغير امره ليتوصل به الى بناء علوه
ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه غير ان في مسئلة السفل لا يفترق الحال
بين كون صاحبه غايبا او حاضرا وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع الا اذا كان غايبا لانه اذا كان
حاضرا لا يكون مضطرا في ايفاء الكل اذ يمكنه ان يخاصمه الى القاضي في ان ينقد حصته ليقبض نصيبه
بخلاف مسئلة السفل فان صاحب العلو لو خاصمه في ان يبني السفل لا يقضي عليه ببنايه فكان مضطرا
حال حضوره كغيبته وله اي للحاضر ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطرار ما لو استاجر
رجلان دارا فغاب احدهما قبل نقد الاجرة فنقد الحاضر جميعها يكون متبرعا لانه غير مضطر
في نقد حصة الغايب اذ ليس للاجر حبس الدار لاستيفاء الاجرة ذكره التمرتاشي واذا ثبت حق الحبس
في مسئلتنا للحاضر فله حبسه الى ان يستوفي الكل ولو بقي درهم كالوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من مال
نفسه له ان يحبس المبيع عن الموكل الى ان يعطيه جميع الثمن **قوله** ومن اشترى جارية الى اخره
صورتها ان يقول اشتريت هذه الجارية بالف دينار ذهب وفضه او يقول البايع بعتك هذه
الى اخره ولفظ الجامع في رجل يقول لرجل ابيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة
قال بهما نصفان خمس ماية مثقال ذهب وخمس ماية مثقال فضة ويشترط بيان الفضة من الجودة
وغيرها بخلاف ما لو قال من الدراهم والدنانير لا يحتاج الى بيان الصفة وينصرف الى الجياد وعرف
من هذه العبارة ان البيع ينعقد بلفظ المضارع وان احتمل العدة اذا اراد به الحال وقيل بل هذه
العبارة مساومة والمعنى انه اذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه يثبت الانقسام وفيه
ان اضافة المثقال الى الذهب ثم عطف الفضة عليه مرسلا يوجب كون الفضة ايضا مضافا اليها
المثقال وبقي وهم ان ينصرف الى الفضة لان المثقال غلب في الذهب فصير الفضة مرسلة عن
قيد الوزن بل ينصرف اليهما وكذا صفة الجودة لان العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين

فالمثقال المتقدم فسره بالذهب والفضة الا ترى انه لو قال عبده حر غدا وامراته طالق وفقا جميعا
غدا فانهما مضافان ذكره في كشف الغوامض وفي المبسوط لو قال الف من الدراهم والدنانير فعليه
خمس ماية دينار بالمثاقيل وخمس ماية درهم وزن سبعة لانه المتعارف في الدراهم فينصرف اليه
وكذا لو قال الف من الذهب والفضة وجب خمس ماية مثقال من الذهب وخمس ماية درهم بوزن سبعة
من الفضة لان التعارف في وزن الذهب والفضة ذلك وليس معهما ما يصرف احدهما عن المتعارف
فيه فينصرف الى الوزن المعهود في كل منهما ويجب كون هذا اذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم
الدراهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الان كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط
من ذلك الدرهم واما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الان الى زنه اربعة دراهم بوزن سبعة من
الفلوس الا ان يقيد بالفضة فينصرف الى درهم بوزن سبعة فان ما دونه ثقل او خف يسمونه نصف
فضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضا او سلما او
غصبا او وديعة او بيعا او شراء او مهرا او وصية او كفالة او جعلا في خلع ومنه ما لو قال على كر حنطة
وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **قوله** ومن له على اخر عشرة دراهم جياد فقضاه عشرة زيوفا
وهو اي رب الدين لا يعلم انها زيوف فهو قضا حتى لو انفقها الدين او هلكت ثم علم ليس له ان يرجع
بشي وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وذكر
فخر الاسلام وغيره ان قولهما قياس وقول ابي يوسف هو الاستحسان له ان حقه في الجودة مرعي كحقه
في المقدار وقد تعذر ضمان الوصف بانفراده لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب المصير الى
ما قلنا من ضمان الاصل ليصل الى الوصف ولهما انه اي الزيوف من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال به كالصرف وراس السلم جاز وما جاز الا لانه لم يعتبر استبدالا بل نفس الحق فيقع به الاستيفا
وانما يبقي حقه في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب ضمانها بعد هلاك الدراهم لما ذكرنا انه لا قيمة لها
عند المقابلة بجنسها ولا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه يعني هو ايجاب للقابض على نفسه
ولا نظير له في الشرع الا ان ابا يوسف ينفصل بمنع انه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من ايجاب المثل
ممكن وهذا كما لو وجدها ستوقة او نبهرجة فهلكت ليس يرد مثلها فانه الا الستوقة ليست من جنس
الجياد حتى لا يصير مقتضيا حقه بها قلنا وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيوف الا ان علم فرضي باعتبار
انه حينئذ تارك البعض حقه وهو صفة الجودة قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لانه قبض حق
حقه فاذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه اذ المديون لا يضمنه شيا قلنا يجوز ذلك اذا
افاد كان المولى اذا اتلف بعض اكساب عبده الماذون المديون وقد افاد هنا تدارك حقه فصار كما
الاتلاف مال نفسه باطل الا ان يفيد نحو ان يشتري مال المضاربة او كسب عبده الماذون المديون
وبما ذكرنا بطل قولهم لا نظير له في الشرع ويجاب بمنع الاتحاد في المستشهد بل الضمان في الماذون للغرماء
وهنا المقبوض كله ملكه ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له وفي النوازل اشترى بالجياد
ونقد الزيوف اخذها الشفيع بالجياد لانه انما ياخذ بما اشترى ولو باعها مرابحة فان راس المال
الجياد وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف انه اشتراها بالجياد قال ابو جعفر لا
يحنث وقال ابو يوسف يحنث والله الموفق **قوله** واذا افرخ طير في الارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا

باض فيها وكذا اذا تكسر فيها ظبي اي دخل كاسه والكاس بيت الظبي وفي بعض النسخ تكسر اي وقع فيها
فتكسر وتحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض لانه اي لان
كلا من الطير والفرخ والبيض وقد اصلح في نسخه لانها مباح سبقت يده اي الاخذ اليه ولانه صيد وان
كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن اخذه والبيض اصل الصيد فالحق به ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم
بكسره او شيه لانه المقصود بقوله تعالى تناله ايديكم في قوله تعالى ليبلونكم الله بشي من الصيد
تناله ايديكم ورماحكم كذا ذكره وقوله وصاحب الارض لم يعارضه لذلك جملة حالية بي فيد لقوله
فهو لمن اخذه اي انما يكون للآخذ اذا لم يكن صاحب الارض اعدها لذلك بان حفر فيها بيرا ليسقط فيها
او عدمكانا للفراخ لياخذها فان كان اعدها لذلك لايملكها الاخذ بل رب الارض يصير بذلك اخذا
حكما كمن نصب شبكة ليجففها فتعقل بها صيد فهو لمن اخذه لا لصاحب الشبكة لانه لم يعدها الان
للاخذ وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فاغلق بابه فهو لمن اخذه فان علم به واغلق الباب عليه
او سد الكوة كان لصاحب وكذا اذا وقع في ثيابه النثار من السكر او الدراهم فهو لمن اخذه ما لم يكف
ثوبه على الساقط فيه وما هذه مصدرية نايبة عن ظرف الزمان اي للاخذ في زمان عدم كفه الثوب
وقوله او كان مستعد اله اي للنثار بان بسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره فاذا كفه او كان
مستعدا فهو له اما اذا عسل النحل في ارضه فهو لصاحب الارض لانه عد من انزاله اي من زيادات
الارض اي مما ينبت فيها فيملكه تبعا للارض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها بجريان
الماء عليها والانزال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضميره لانه وهو عايد على الارض وهي مؤنثة على
تاويل المكان ومثله وقع في شعر العرب قال ولا مزنة ودقت ودقها ولا ارض ابقل ابقالها ومن جنس
هذه المسايل لو اتخذ في ارضه حظيرة للسمك فدخل الما والسمك ملكه ولو اتخذت لحاجة اخرى
فهو لمن اخذ السمك فهو له وكذا في حفر الحفيرة ان حفرها للصيد فهو له او لغرض اخر فهو للاخذ وكذا صوف
وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فعصره رجل فان كان وضعه للماء فهو لصاحبه والا فالماء للاخذ ولو
باض صيد في ارض رجل او تكسر فيها فجاء رجل لياخذه فمنعه صاحب الارض فان كان في موضع يقدر
صاحب الارض على اخذه قريبا منه بان كان بحضرته كان الصيد لرب الارض كانه اخذه عنده وان لم
يكن بحضرته لا يملكه.

كتاب الصرف

لما كان قيوده اكثر
كان وجوده اقل فقدم ما هو اكثر وجودا وايضا لما كان عقدا على الاثمان والثمن في الجملة تبع لما هو
المقصود من البيع اخر عن البيوع المتضمنه للمقاصد الاصلية اعني المبيعات ومفهومه لغة وشرعا
ذكره المصنف وشروطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وان اختلف المجلس ولهذا لا يصح فيه اجل
ولا خيار شرط لان خيار الشرط يمنع ثبوت الملك او تمامه على الرايين منهم وذلك يخل بالقبض المشروط
وهو القبض الذي يحصل به التعيين بخلاف خيار الرؤية والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام
القبض فلو افترقا وفي الصرف خيار عيب او رؤية جاز الا انه لا يتصور في النقد وسائر الديون خيار
رؤية لان العقد ينعقد على مثلها لا عينها حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدراهم لصاحب الدينار
ان يدفع غيره وكذا لصاحب الدراهم خلافا لا وانى والحلي ولو اسقطا في المجلس خيار الشرط والاجل
عاد الصرف صحيحا خلافا لزفر واورد عليه كيف جاز ان يقال التقابض شرط الجواز وهو متاخر عن العقد

فانما هو حكمه والجواب ان المختار انه ليس الا شرط بقايه على الصحة فالاشكال على قول البعض القايل
انه شرط الجواز واجابوا بان تاخره ضرورة نفي ايجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا ومتقدما
شرعا وان كان متاخرا صورة ولا يخفى انه ينبغي ان يستغني عن هذا التكلف بارتكاب القول الاخر
واما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الاثمان بعضها ببعض وهذا قول القدوري الصرف هو
البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان وانما قال من جنس الاثمان ولم يقتصر على قوله
بيع ثمن بثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ او بالنقد فان المصوغ بسبب ما اتصل به من الصيغة لم
يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك بيعه صرف وانما سمي اصطلاحا به لان
مفهومه اللغوي هو النقل ومنه في دعاء الاستخارة فاصرفه عني واصرفني عنه ونقل كل
من البدلين عن مالكه الى الاخر بالفعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمي باسم ذلك المعنى
المشروط فيه او هو اي معناه اللغوي الزيادة وهذا العقد لا يقصد به الا الزيادة دون
الانتفاع بعين البدل الاخر في الغالب لانه لا ينتفع بعينه بخلاف نحو الطعام والثوب
والمراد ان قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل والا خلا العقد عن الفايدة والربح
تسمي صرفا ومنه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله عليه السلام من انتمي الى غير ابيه لا يقبل
الله منه صرفا ولا عدلا لا نذكر المصنف ان المراد بالصرف النافلة التي هي زيادة وبالعدل الفرض
الذي هو حق مستحق عليه ولا شك في مناسبة تسمية الفرض عدلا فنقل عليه قد فسر الزمخشري
بغير هذا قال في الفايق في ذكره صلى الله عليه وسلم لامر المدينة من احدث فيها حدثا او اوى
محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيمة لا يقبل الله منه صرف ولا عدل الصرف التوبة لانه صرف
النفس عن الفجور الى البر والعدل الفدية من المعادلة والفدا يعادل نفسه والمراد من احداث
الحدث فعل ما يوجب الحد والجواب ان اهل اللغة اختلفوا في ذلك فقد ذكر في الجمهرة عن بعض
اهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وفي الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل
الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض مع انه الانسب واعلم ان الاموال تنقسم الى ثمن على كل حال وهي
الدراهم والدنانير صحبها حرف البا اولا وسوا كان ما يقابلها من جنسها او من غيره والى ما هو مبيع
على كل حال وهو ما ليس من ذوات الامثال من العروض كالثياب والحيوان والى ما هو ثمن من وجه مبيع من
وجه وهو المكيل والموزون فانها اذا عينت في العقد كانت مبيعة وان لم تعين فان صحبها حرف البا
وقابلها مبيع فهي ثمن وان لم يصحبها حرف البا او لم يقابلها ثمن فهي مبيعة وهذا لان الثمن ما يثبت في الذمة
دينا عند المقابلة قال الفرا في قوله تعالى وشروه بثمن بخس الثمن ما يثبت في الذمة دينا والنقود لا
تستحق بالعقد الا دينا خلافا للايمة الثلثة فعندهم تتعين الذهب والفضة اذا عينت حتى لو
هلكت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها هذا تقسيم المال باعتباره
في نفسه وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهي في الاصل سلعة ان كانت رايجة فهي ثمن لا يتعين
بالتعيين وان كانت كاسدة فهي سلعة كالفلوس **قوله** فان باع فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز
الا مثلا بمثل يعني في العلم لا بحسب نفس الامر فقط وان اختلفا في الجودة والصياغة فيدخل الا انا لا
نلو باعهما مجازفة ولم يعلما كيتهما وكانا في نفس الامر متساويين لم يجز ولو وزنا في المجلس فظهر امتثا

يجوز وعن ابي حنيفة لا يجوز ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز وان كانا متساويين خلافا لزفر هو يقول
الشرط التساوي وقد ثبت واشتراط العلم به زيادة بلا دليل قلنا بل هو شرط بدليل وهو ان الموهوم
في هذا العقد جعل كالمعلوم شرعا وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كثبوت حقيقة
الزيادة ومقتضى هذا ان لا يجوز اذا وزن في المجلس فظهر متساويا ايضا لكن جاز في الاستحسان عند
اتحاد المجلس كان العقد انشئ الآن لان ساعاته كساعة واحدة واما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة
وزنا معلوما فلعدم العلم بالمساواة كيلا اذ المساواة وزنا لا يستلزمه بالنسبة الى الكيل والمعتبر
فيما كان مكيلا في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ما سلف وعن هذا اذا اقتسما كيلا
موازنة لا يجوز لان القسمة كالبيع واستدل المصنف على وجوب المساواة بقوله صلى الله عليه وسلم
الذهب بالذهب مثلا بمثل الحديث وقد تقدم وتقدم وجه انتصابه انه بالعامل المقدر اي بيعوا
والاولى حيث كان الذهب مرفوعا في الحديث ان يجعل عامله متعلق المجرور اي الذهب يباع بالذهب
مثلا بمثل نعم حديث الخدري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل
ظاهر في انه مفرغ للحال وبقية الحديث ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا
بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها غائبا بناجز والشف بالكسر من الاضداد يقال للنقصان
والزيادة والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض ولا يصح في معنى النقص والا لقال ولا تشفوا بعضها
عن بعض وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير المثل بمثل لان
المثلية اعم فسرها بانها من حيث المقدار وتقدم حديث جيدها ورديها سواء ايضا وتخريجه وهو
دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن ابي حنيفة عن الوليد بن سريع
عن انس بن مالك قال اتي عمر بن الخطاب رضي الله عنه باناء خسرواني قد احكمت صياغته فبعثني به
لابيعه فاعطيت وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال اما الزيادة فلا هذا ويدخل في اطلاق
المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية حتى لو باع اناء فضة او ذهب باناء فضة او ذهب واحدهما
اثقل من الآخر لا يجوز بخلاف اناءين من غيرهما كنحاس وشبهه حيث يجوز بيع احدهما بالآخر وان تفاضلا
وزنا مع ان النحاس وغيره مما يوزن من الاموال الربوية ايضا وذلك لان صفة الوزن في النقدين منصوص
عليها فلا تتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جعله عدديا لو تعورف ذلك بخلاف غيرهما
فان الوزن فيه بالتعارف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته اذا صيغ وصنع **قوله** ولا بد
من قبض العوضين قبل الافتراق باجماع الفقهاء وفي فوائد القدوري المراد بالقبض هنا القبض بالبراجم
لا بالتخلية يريد باليد وذكرنا آنفا ان المختار ان هذا القبض شرط البقاء على الصحة لا لاشتراط ابتداء
الصحة لظاهر قوله فان افترقا بطل العقد وانما يبطل بعد وجوده وهو الاصح وثمرة الخلاف فيما اذا
ظهر الفساد فيما هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند ابي حنيفة ولا يفسد على القول الاصح وقوله لما
روينا يعني قوله يدا بيد وكذا ما رويناه من حديث البخاري **قوله** صلى الله عليه وسلم ولا تبيعوا
منها غائبا بناجز وقول عمر وان استنظرك الى آخره رواه مالك في الموطأ عنه قال لا تبيعوا الذهب
بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالذهب احدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك ان يلج
بيته فلا تنظره الا يدا بيد هاء وهاء اني اخشى عليكم الربا وفي رواية قال الرما وهو الربا

ورواه

ورواه عبد الرزاق وقال ان يدخل بيته ولما ثبت نص الشرع بالزام التقابض علله الفقهاء بما ذكر المصنف
وحله ان للنقدية مزية على النسيئة فيتحقق الفضل في احد العوضين وهو الربا ولما كان مظنة ان يقال
هذا غير لازم لجواز ان يجعلا معا نسيئة قال لا بد شرعا من قبض احد العوضين كيلا يلزم الكالي بالكالي الدين
بالدين فلو لم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا وايضا يلزم الترجيح بلا مرجح لانهما مستويان في معنى الثمنية
فاذا وجب قبض احدهما فكذا الآخر لعدم الاولوية فان قيل تعليل الكتاب يخص الثمنين المحضين اللذين
لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقابض ثابت وان كان احدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ فاجاب بان ذلك
لاطلاق ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب والفضة بالفضة وعلل الاطلاق
المذكور بان المتعين ايضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين اذ فيه شبهة الثمنية اذ قد خلق ثمنا والشبهة
في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة ولما كان المعول عليه تناول النص باطلاقه لم يدفعه ان الثابت
شبهة الشبهة بل وجب بالنص الحاق شبهة شبهة الربوا بشبهة الربا في هذا الحكم وقوله في جهة واحدة
لانهما لو مشيا كل في جهة كان افتراقا مبطلا **وقول** ابن عمر وان وثب من سطح فثب يفيد عدم بطلان
العقد بمجرد اختلاف المكان بل اذا لم يوافقه الآخر فيه وهذا لان بمجرد وثوب احدهما اختلف مكانهما
ولم يعتبره مانعا الا اذا لم يثب معه وحديث ابن عمر هذا غريب جدا من كتب الحديث وذكره في المبسوط
فقال وعن ابي جبلة قال سالت عبد الله بن عمر فقلت انا نقدم ارض الشام ومعنا الورق الثقال النافقة
وعندهم الورق الخفاف الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف فقال لا تفعل ولكن بع ورقك
بذهب واشتر ورقهم بالذهب ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب عن سطح فثب معه وفيه دليل رجوعه
عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس وعن ابن عباس ايضا رجوعه وفيه دليل ان المفتي اذا اجاب لا باس
ان يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال بع التمر ببيع آخر ثم اشتر به
انما المحظور تعليم الحيل الكاذبة لاسقاط الوجوبات قال وكذا المعتبر في قبض راس مال السلم يعني ان يقبضه
قبل الافتراق دون اتحاد المجلس بخلاف خيار المخيرة فانها لو قامت قبل الاختيار بطل وكذا اذا مشت مع
زوجها في جهة واحدة فان ذلك دليل اعراضهما عما كانا فيه لان المعتبر في الابطال هناك دليل الاعراض
والقيام ونحوه دليله فلزم فيه المجلس وتعلق الصحة بعدم الافتراق ولا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق
او اغمي عليهما او طال القعود بهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام
من المجلس حتى لو ناما او احدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه ان القعود الطويل فرقة دون القصير
ولو كان لرجل على آخر الف درهم وللآخر عليه مائة دينار فارسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التي لي
عليك بالدنانير التي لك علي فقال قبلت كان باطلا ولذا لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او من بعيد
لانهما متفرقان وعن محمد لو قال الاب اشهد واني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل
نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في راس مال السلم **قوله** ومن باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة واشترط القبض لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب عن النبي
صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا هاء وهاء والبر بالبر ربا الا هاء وهاء والشعير بالشعير ربا
الا هاء وهاء والتمر بالتمر ربا الا هاء وهاء قيل ومعنى قوله ربا اي حرام باطلاق اسم الملزوم على اللازم
ولا مانع من جعله في خليقته شرعا وان اسم الربا يتضمن الزيادة من الاموال الخاصة في احد العوضين

في قرض او بيع وفوجه الاستدلال انه استثني حالة التقابض من الحرام بحصر الحل فيها فينبغي الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثني حالة التفاضل والتساوي والمجازفة فيحل كل ذلك وقوله الا اذا اسقط الخيار لفوت الشرط الا اذا اسقطه فلا يفوت فيعود الي الجواز وقدمنا نقل خلاف زفر فيه هذا وبين الفساد بترك القبض والفساد بالاجل فرق علي قول ابي حنيفة في مسئلة وهي ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته ماية بالف درهم حتي انصرف للطوق ماية من الالف فيصير صرفا فيه وتسع ماية للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق وبيع الجارية بتسع ماية صحيح ولو فسد بالاجل فسد فيهما عنده خلافا لهما وفرقان في الاول انعقد صحيحا ثم طرا المفسد فيخص محله وبيع الصرف وفي الثاني انعقدا ولا علي الفساد فشاع وهذا علي الصحيح من ان القبض شرط البقا علي الصحة وفي الكامل لو اسقط الاجل من له الاجل دون الاخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع علي مثلها بخلاف التبر والحلي والاواني من الذهب والفضة لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد احدهما او كلاهما دون الافتراق زيفا او ستوقا فحكمه في جميع ابوابه الاستبدال والبطلان كراس مال السلم **قوله** ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه وكل منهما ثمن الصرف فالحاصل ان لا يجوز التصرف في احد بدلي الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فان فعل نقض ذلك مع العاقد بان وهبه البدل او تصدق به عليه او ابراه منه فان قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض واذا تعذر الشرط ينتفي المشروط وان لم يقبل لا ينتقض لان البراءة وما معها سبب الفسخ فلا ينفرد به احدهما بعد صحة العقد وفرع عليه ما لو باع دينارا بعشرة مثلا ولم يقبض العشرة حتي لو اشتري بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض في العشرة مستحق حقا لله تعالى فلا يسقط باسقاط المتعاقدين فلو جاز البيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف علي حاله يقبض بدله من عاقده معه واورد عليه ان فساد الصرف حينئذ حق الله وصحة بيع الثوب حق العبد فتعارضا فيقدم حق العبد لتفضل الله بذلك **اجيب** بان ذلك بعد ثبوت الحقين فلم يثبت حق العبد بعد لانه يفوت حق الله بعد تحققه فيمتنع لانه يرتفع والتقديم فيما اذا ثبتا فيرتفع احدهما فضلا وقد نقل عن زفر صحة بيع الثوب لان الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف لان النقد لا يتعين باضافة العقد الي بدل الصرف كعدم اضافته فيجوز شراء ثوب بدراهم لم يصفها وهذا علي احدي الروايتين عنه ان النقود لا تتعين في البياعات فاما علي الرواية الاخرى عنه فيجب ان لا يبيع الثوب كقولنا **قلنا** قبض بدل الصرف واجب والاستبدال يفوته فكان شرط ابقاء عن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا يمنع الجواز لاسقاط الثمن به كذا ذكر غير واحد ولا يخفي كثرة ما ذكروا في عدم تعين النقد في البيع من انه لو اشار الي دراهم وعينها كان له ان يحبسها ويدفع غيرها وحاصل شراء الثوب ببدل الصرف ليس الا تعيين الثمن الدراهم فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ما ذكروا في عدم تعين الدراهم في البيع وكان كلما عينت الدراهم فسد البيع لا انه لا يتعين لا جرم ان المصنف انما اجاب بان الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوي الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمنه بيع له وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز يعني واذا لم يجز لم يدخل في ملك بايع الثوب وانت تعلم ان زفر انما قال بجواز بيع الثوب بناء علي عدم تعين بدل الصرف ثمنا لجاز

ان يعطي من غيره ولا شك انه يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض فاذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قايلا بان البيع انعقد موجبا دفع دفع مثله ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا للثمن الثوب سواء سميت مبيعا او ثمنا لانه انما يلزم من بيع المبيع قبل القبض اذا لزم تسليمه بعينه وليس هنا هكذا فان كان هذا واقعا لم ينتهض ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب واعطاء ثمن ملكه البايع ولما لم يمكن تمليك بايع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة اعطاء غيره وهكذا نقل القدوري عنه اعني ان البيع الثاني جايز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري قال وهذا علي احدي الروايتين عن زفر ان الدراهم لا تتعين فاذا تتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف وعلي هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكل وتنظيره النهاية بغاصب الدراهم اذا اشتري واشار اليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حينئذ غير مطابق لان اجازة بيع الثوب علي ما قررنا بان يدفع بدل الصرف لا نفسه **قوله** ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة وكذا ساير الاموال الربوية بخلاف جنسها كالحنطة بالشعير لان المانع في المجازفة اشتراط العلم بالمساواة والمساواة غير مشروطة فيه اي في بيع الذهب بالفضة وكل جنسين مختلفين كذلك لكن يشترط فيه القبض في المجلس لما ذكرنا يعني قوله صلى الله عليه وسلم الذهب بالورق ربا الا ها وها لكن العادة في مثله ان يقول لما روينا ثم المراد بالمجلس ما قبل الافتراق فعبر بالمجلس عنه **قوله** ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم افترقا فما صرف المنقود الي الطوق وان لم ينص الدافع عليه وكذا لو قال خذ منهما صرف ايضا الي الطوق وصح البيع فيهما تحريا للجواز بحكم ظاهر حالهما اذ الظاهر قصدهما الي الوجه المصحح لان العقد لا يفيد تمام مقصودهما الا بالصحة فكان هذا الاعتبار عملا بالظاهر والظاهر يجب العمل به بخلاف ما لو صرح فقال خذ هذه الالف من ثمن الجارية فان الظاهر حينئذ عارضه التصريح بخلافه فاذا قبضه ثم افترقا بطل في الطوق كما اذا لم يقبضه **فان قلت** نفي قوله خذ منهما عارضه ايضا **قلنا** لا نسلم لان المثني قد استعمل في الواحد ايضا قال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد من احدهما وهو البحر الملح ويا معشر الجن والانس الم ياتكم رسل منكم فان الرسل من الانس في مذهب اهل الحق وقال تعالى فنسيا حوتهما وانما نسيه فتي موسى وقال صلى الله عليه وسلم في قصة مالك بن الحويرث وابن عم له اذا سافرتما فاذنا واقيما وانما اراد ان يؤذن احدهما وقال تعالى قد اجيبت دعوتكما والمراد دعوة موسى الا انه قد قيل ان هارون كان يؤمن علي دعايه فاذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا وذكرنا من قريب انه لو كان الفساد بسبب الاجل في العقد شاع الفساد في الجارية ايضا علي قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى لان الفساد في اصل العقد بخلافه عن الافتراق هذا ولقد وقع الافراط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها الف مثقال فضة فانه عشرة ارطال بالمصري ووضع هذا المقدار في العنق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب ولا عرف من هذا الوجه ان يكون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط بل الاصل انه اذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لا بد ان يزيد الثمن علي النقد المضموم اليه ومثل هذا فيما اذا باع سيفا محلي بماية وحليته خمسون بماية وخمسين او بماية وعشرة فدفع من الثمن خمسين فانه يجب فيه هذه الاعتبارات ولو لم

يتقابضا في الصورتين حتى افترقا بطل في حصة الطوق والحلية لانه صرف فيها ويصح في الجارية واما
السيف فان كانت الحلية لا تتخلص الا بضرر فيه فسد في السيف ايضا لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر ولهذا
لا يجوز افراده بالبيع كما مر في جذع من سقف فان كان تتخلص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لانه امكن افراده
بالبيع وبطل في الحلية خاصة ثم الجواب في المسئلتين مقيد بما اذا كانت الفضة المفردة يعني الثمن
اكثر من الطوق والحلية فان كانت مثله او اقل او لا يدري او اختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع
للربوا حقيقة فيما اذا كانت اقل او مساوية بسبب زيادة البدل الاخر وهو المبيع الفضة زيادة
من جنسه او من غيره وهو نفس الجارية والسيف واحتمال الربوا فيما اذا لم يدر الحال وتقدم انه لا بد
من العلم بالمساواة فان قيل في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد اجاب بان جهة الفساد فيه متعددة
فانها من وجهين وهو تجويز الاقلية والمساواة بخلاف الصحة فانها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجح
جهة الفساد على ان مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة الى الترجيح مع انه يرد عليه ان الترجيح
بما يصلح بنفسه علة الفساد ونحتاج الى الجواب بان المعنى ان احتمال احدهما فقط مفسد فكيف اذا
اجتمعا وعلى هذا كلما اشترى بالفضة فضة مع غيرهما او بالذهب ذهبا مع غيره **قوله** ومن باع
انا فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا
بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض ولا يشيع الفساد في الكل لانه طاري
بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من ان التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط
الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب
الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض بخلاف ما لو استحق بعض الاناء فان المشتري بالخيار ان شاء
اخذ الباقي بحصته وان شاء رده لان الشركة عيب ولم يحدث بصنعه بخلاف ما لو باع قطعة نقرة
ثم استحق بعضها حيث ياخذ الباقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض فلم يلزم العيب وهو الشركة
لامكان ان يقطع حصته منها **قوله** ومن باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم جاز البيع وجعل كل
واحد من الجنسين بخلافه فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا
الخلاف اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة او باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى
بفضة ولا يدري مقدار الحليتين وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين لهما ان في الصرف الى خلاف
الجنس تغيير تصرفه اي تصرف العاقد لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا
على التعيين وهو ان يكون كل جزء على الشيوع مقابلا لكل جزء على الشيوع فيندرج فيه جنس الجزء
وخلاف جنسه واجزاء جنسه اكثر اذ اجزاء دينارين اكثر من اجزاء دينار بالضرورة وليس المعنى ان كل
جزء معين مقابل بكل جزء على العموم والا كانت الذرة من الدينار مقابلة بجميع الدينارين والدرهم
فلم يبق للذرة ما يقابلها او يقابل الكل بنفسه اشياء كثيرة وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر وهو ان يقابل
الذرة بالقدرة ثم تكون هذه الالف بنفسها مقابلة لذرة اخرى واخرى ولانه حينئذ ينتفي الانقسام
بادنى تامل والدليل على ان الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وفرس ثم استحق العبد
يرجع بقيمة العبد في الثوب والفرس جميعا ولولا ان الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا
ولولا ان الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والفرس جميعا ويعتبر تصرفهما لا يجوز وان كان فيه تصحيح

التصرف

التصرف بدليل الاجماع على ان من اشترى قلبا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة
صفقة واحدة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وحده ليخلو القلب عن التفاضل وكذا
اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد اخر بالف وخمساية لا يجوز ويفسد
في المشتري بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال
بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف الى الثوب لما ذكرنا فهذه احكام اجماعية كلها دالة على
ان تغيير التصرف لا يجوز وان كان يتوصل به الى تصحيحه قال امام الحرمين والمعتمد عندي في التعليل
انا تعبدنا بالمماثلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد قال صاحب الوجيز للخصم ان يقول تعبدنا
تحقيق المماثلة فيما اذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس ام على الاطلاق فان قلت الثاني فممنوع وان قلت
الاول فسلم وليس صورة الخلافية انتهى ببعض تغيير وحاصله ان على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء
الشايع لا يقتضي الربوا بالشايع والفساد انما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقيا وذلك لا يكون الا
اذا قوبل معين بمعين وتفاضلا وحينئذ لا حاجة في التصحيح الى التوزيع وصرف كل الى خلاف جنسه
عينا لكن الاصحاب فعلوه بناء على اصل اجماعي وهو انه مهما امكن تصحيح تصرف المسلم العاقل يرتكب وله
نظاير كثيرة ولهذا حمل كلامه على المجاز وترك حقيقته اذا كان لا يصح على تقديره ويدرج في كلامه
زيادة لم يتلفظ بها اذا كان لا يصح الا بذلك كانهم نظروا الى ان المقابلة على وجه الشيوع ان لم تقتض حقيقة
الربا استلزم شبهة وشبهة الربوا معتبرة كحقيقته فقالوا العقد كذلك انما يقتضي مطلقا المقابلة
لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه او من خلاف جنسه لان اللفظ مطلق غير متعرض لواحد
منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا بجنس معين بدليل
انه يصح تفسيره به فانه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينار بدينارين ودرهم على معنى ان الدرهمين
بالدينارين والدينار بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه وعلى هذا التقرير لا حاجة
الى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كانه نظر الى ان الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة على الشيوع
عينا فكان مقابلة المعين بالمعين محتملا فقال وفيه تغيير وصف العقد وهو مقابلة الجملة
بالجملة شايعا لا اصله لانه بقي موجبه وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا [illegible]
فيما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا للتصرف بخلاف المسائل
المذكورة فان عدم الصرف فيها لعدم الامكان والتعيين اما مسئلة المرابحة فعدم الصرف
لانه يتغير اصل العقد اذ يصير تولية في القلب واعترض بان مقتضى ما تقدم من وجوب حمل الشي
على الواحد في مسئلة الطوق والجارية ان يحمل قوله بعتهما بعشرين مرابحة فيهما بعشرة ان يحمل فيهما
على احدهما يعني الثوب كما حمل قوله خذ هذه الالف ثمنهما على ثمن احدهما وهو الطوق وكون الطوق
لم يصر مرابحة لا يضر اذ يصدق ان العقد مرابحة بثبوت الربح في بعض مبيعات الصفقة الواحدة
وفي المسئلة الثانية وهي ما اذا باع عبدا اشتراه بالف ممن اشتراه منه مع عبد اخر بالف وخمسماية
طريق تصحيحه غير متعين ان يكون بصرف الخمسماية الى العبد الاخر فيكون بايعا ما اشتراه ممن اشتراه
منه بمثل ما اشتراه لانه كما يكون بذلك يصرف اكثر من الخمسماية بدرهم او درهمين او غير ذلك الى العبد الاخر

فيصير بايعا للمشتري ممن اشتراه منه باقل مما اشتراه منه ونقض بانه طريق الصحة ايضا ليس متعينا فيما
قلتم بل له وجه اخر وهو ان يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين مقابلة الدرهم ودينار من الدينارين
بمقابلة الدينار والدينار الاخر بمقابلة الدرهم اجيب بان التغيير ما امكن تقليله متعين وتصحيح
التصرف مع قلة التغيير لا يكون الا بما قلنا وكان ما قلنا متعينا بخلاف ما فرض فان فيه ثلاث تغييرات
وايضا فان الذي ادعيناه طريقا متعينا هو صرف الجنس الى خلاف الجنس كيف كان لا لخصوص ذلك الطريق
وما ذكرتم من ذلك ومن ان نصرف نصف درهم الى نصف درهم والنصف الاخر بمقابلة الدينار في
فروض كثيرة لا تخرج عن صرف الجنس الى خلاف الجنس والى هذا يرجع قول صاحب الكافي في الجواب
التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يكن لاحد الوجوه ترجيح بل تساوت لانه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح
فتمانع الوجوه فيمتنع اما اذا كان فلا وفيما اعتبرناه ذلك لان العقد ورد على اسم الدرهم والدرهم
فلا يتغير عنه ونحن اسلفنا لنا في اصل هذا الاصل نظرا استندا الى جواز ثبوت الشيء بعلل مستقلة اجتمعت
دفعة واما في المسئلة الثالثة وهي ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما فلان البيع
اضيف الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع لجهالته ولان المعين ضده فلا يحمل الشيء على ضده وليس بشيء
لان المعرفة مما صدقات النكرة فان زيدا يصدق عليه رجل ولا شك انه يحتمله فيجب حمله عليه
وقد قال ابو حنيفة في قوله عبدي او حماري حر انه يعتق العبد وجعل استعارة المنكر للمعرف
وكذا ما قيل ان تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضف الى العين واعلم ان ما اورد على دفع
النقوض المذكورة ان لحظ له جواب فذاك والا فلا يضرك النقض في اثبات المطلوب اذ غايته
انه خطا في محل اخر اذا اعترف بخطايه في محل النقض وذلك لا يوجب خطاه في محل النزاع واما
في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا باع درهما بدرهم وثوب وافترقا بلا قبض فليس مما نحن فيه لان العقد
انعقد صحيحا وانما طرا الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو ما انعقد بلا فساد وكلامنا
ليس في الفساد الطارئ فان قيل فلينصرف الى الجنس الى خلاف جنسه ليبقى صحيحا كما ينصرف لينعقد
صحيحا والمقتضي واحد فيهما وهو الاحتيال للصحة قلنا الفساد هناك ليس طروه متحققا
ولا مظنونا ليجب اعتبار الصرف من اول الامر بل يتوهم لان الظاهر انهما يتقابضان بعد ما عقد
قبل الافتراق فلا يحتاج الى ذلك الاعتبار واما المسئلة المستشهد بها اولا وهي الرجوع في
ثمن الثوب والفرس فانما تشهد على ان المقابلة الجملة بالجملة على الشيوع ونحن نقول هو الاصل
وانما قلنا اذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير اليه وهو ثابت في المسئلة
المفروضة الا ترى الى ما في الايضاح قال الاصل في هذا الباب ان حقيقة البيع اذا اشتمل
على ابدال وجب قسمة احد البدلين على الاخر ونظيره الفائدة في الرد بالعيب والرجوع بالثمن
عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة فان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان
مما لا يتفاوت فالقسمة على الاجزاء وان كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة واما فيما فيه الربوا
فانما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد مثاله باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار
يصح العقد فان الخمسة بالخمسة والخمسة الاخرى بازاء الدينار وكذا لو تقابل جنسين بجنسين كما في
مسئلة الكتاب انتهى ونظير المسئلة المسئلة التي هذه وهي **قوله** ومن باع احد عشر درهما بعشرة

دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل وبه ذلك
فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما ثم فرع المصنف فرعا يبين ان بعض هذه البياعات
وان كانت جائزة في الحكم فهي مكروهة فقال ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب يعني واحد منهما
اقل من الاخر الا ان مع الاقل شيئا اخر كفلوس او غيرها مما تبلغ قيمته قدر الزيادة في البدل الاخر او اقل
بقدر يتغابن فيه فالبيع جائز من غير كراهة وان لم يكن فهو جائز مع الكراهة كان يضع معه كف من زبيب او
فلسين وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك قال مثل الجبل ولم ترو الكراهة عن ابي حنيفة بل صرح في الايضاح
انه لا باس به عند ابي حنيفة قال وانما كره محمد ذلك لانه اذا جاز على هذا الوجه الف الناس التفاضل
واستعملوه فيما لا يجوز وهكذا ذكر في المحيط ايضا وقيل انما كره لانهما باشرا الحيلة لسقوط الربو كبيع
العينة فانه مكروه لهذا واورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين
وهي المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره اجيب بانه انما لم يذكر الكراهة هناك لانه وضع المسئلة
فيما اذا كان الزايد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تبلغ الدرهم وتزيد وحينئذ لا كراهة ولا
يخفى ان العقد واحد وكان قيمة الدينار تبلغ وتزيد على قيمة الدرهم فالدرهم لا تبلغ قيمته قيمة الدينار
ولا تنقص بقدر يتغابن فيه فالعقد مكروه بالنظر الى الطرف الاخر والذي يقتضيه النظر ان يكون مكروها
اذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهة وغاية الامر انه لم ينص هناك على الكراهة فيه
ثم ذكر اصلا كليا يفيده وينبغي ان يكون قول ابي حنيفة ايضا على الكراهة كما هو ظاهر اطلاق المصنف من
غير ذكر خلاف واما اذا ضم ما لا قيمة له ككف من تراب لا يصح لانه لم يقابل الزيادة مال **فروع**
اشترى تراب الفضة بفضة لا يجوز لانه ان لم يظهر في التراب شيء فظاهر وان ظهر فهو بيع الفضة بالفضة
مجازفة ولهذا لو اشتراه بتراب فضة لا يجوز لان البدلين هما الفضة لا التراب ولو اشتراه بتراب
ذهب او بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس فلو ظهر انه لا شيء في التراب لا يجوز
وكلما جاز فمشتري التراب بالخيار اذا راى لانه اشترى ما لم يره **قوله** ومن له على اخر عشرة دراهم فباعه
الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة دراهم وقبض الدينار فان كان اضاف الى العشرة الدين جاز اتفاقا و
بهذا العقد عشرة ثم لا يجب تعيينه بالقبض لان تعيين احد البدلين في الصرف بالقبض للاحتراز عن الدين بالدين
وتعيين الاخر لدفع الربا بالتساوي وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض احد العوضين
وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البدل الاخر قد تحقق سابقا فعند الاضافة الى
ذلك المقبوض يحصل به المقصود من المماثلة بين البدلين وهو كون كل منهما مقبوضا قبضا يحصل
به التعيين بخلاف ما اذا لم يضف اليه لان موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم ان تكون
هذه العشرة الدين ولذا قال زفر فيما اذا باعه المديون بالعشرة دينارا بعشرة وهي مسئلة الكتاب
ثم تقاصا لا يجوز لان موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة ونحن نقول
موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالاضافة بعد العقد الى العشرة الدين صار
كذلك غير انه بقبض سابق كما ذكرنا ولا يبالي به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالمساواة وعلى
هذا التقرير لا حاجة الى اعتبار فسخ العقد الاول بالاضافة الى العشرة الدين بعد العقد على الاطلاق
بخلاف ما لو باع بالف ثم بالف وخمسمائة فان الفسخ لازم لان احدهما لم يصدق على الاخر بخلاف العشرة

مطلقا مع هذه العشرة للصدق لان الاطلاق ليس قيدا في العقد بها والا لم يكن قبضا وها اصلا اذ لا
وجود للمطلق بقيد الاطلاق وعلى ذلك مشوا وتقديره انهما لما غيرا موجب العقد فقد فسخاه الى عقد
اخر اقتضاء ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولذا لم يقل في اعتق عبدك عني بالف انه يقع عن الآمر اذا اعتقه
المالك لم ينفسخ فلا يتحول حكمه وهذا اذا كان الدين سابقا على بيع الدينار فان كان لاحقا قبل الافتراق
والمسئلة بحالها بان عقدا على الدينار بعشرة ثم باع من بايعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها
ففي رواية لا يصح والاصح انه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ
والاضافة الى الدين بعد تحققه وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا استقرض بايع
الدينار عشرة من المشتري او غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضي لانه قد وجد منه القبض
قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة ودرهم صحيح والغلة ما يرده بيت المال لا للزيافة
بل لانها دراهم مقطعة مكسرة يكون القطعة منها ربعا وثمنا واقل وبيت المال لا ياخذ الا الغال وانما
جاز للمساواة في الوزن والجودة في الصحيحة ساقطة الاعتبار لان الجودة في الاموال الربوية عند المقابلة
بالجنس ساقطة قوله واذا كان الغالب على الدراهم والدنانير اما ان يكون الغالب عليها الذهب والفضة
والغش اقل او الغالب الغش والفضة والذهب اقل او متساويين فان كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة
فيهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لانها على ما قيل قلما تنطبع الا بقليل غش
وقد يكون الغش خلقيا كما في الردي منه الذي يقال له ناقص العيار في عرفنا والرداءة مهدرة شرعا عند
المقابلة بالجيد فكذا الغش المغلوب الحاقا له بها واذا كانا كالخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص من الذهب
والفضة الا متساويين في الوزن وكذا بيع بعضها ببعض وكذا لا يجوز استقراضها بها الا وزنا كاستقراض
الذهب والفضة الخالصين وان كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدراهم والدنانير الخالصة
اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وهي انه
ان كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي في الدراهم او اقل او لا يدري لا يصح في الفضة ولا في
النحاس ايضا اذا كان لا يتخلص الفضة الا بضرر وان كانت الخالصة اكثر مما في الدراهم جاز ليكون ما
في الدراهم من الفضة بمثلها من الخالصة والزايد من الخالصة بمقابلة الغش وكذا يجوز
بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس الى خلاف الجنس اي بصرف كل من فضة الدراهم الى غش الدراهم
الاخرى لانها في حكم الشيئين فضة وغش صفر او غيره ولكنه مع هذا صرف حتى يشترط القبض قبل
الافتراق ويجوز المصنف بالمجلس عنه لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة
يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر ولا يخفى ان هذا لا يتاتى في كل درهم غالبه الغش
بل اذا كانت الفضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس اذا اريد ذلك فاما ان كانت بحيث لا تتخلص
لقلتها بل تحترق لا عبرة بها اصلا بل تكون كالموهة لا تعتبر ولا تراعى فيها شرائط الصرف وانما
هو كاللون وقد كان في اوايل قرن تسع مائة في فضة دمشق قريب من ذلك قال المصنف رحمه الله
ومع هذا مشايخنا يعني مشايخ ما وراء النهر من بخاري وسمرقند لم يفتوا بجواز ذلك اي بيعها بجنسها
متفاضلا في العدالي والغطارفة مع ان الغش فيها اكثر من الفضة لانها اعز الاموال في ديارنا فلو
ابيح التفاضل فيها ينفتح باب الربوا الصريح فان الناس حينئذ يعتادون في الاموال النفيسة فيتدرج

الى ذلك

الى ذلك في النقود الخالصة فمنع ذلك حسما لمادة الفساد والعطارفة دراهم منسوبة الى غطريف
ابن عطا الكندي امير خراسان ايام الرشيد وقيل خال الرشيد ثم ان كانت هذه الدراهم التي غلب غشها
تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن وان كانت انما تروج بالعد فالبيع والاستقراض بها
بالعد ليس غير وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيهما اذا لم يكن نص على
ما عرف في الربوا وما دامت تروج فهي اثمان لا تتعين بالتعيين ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد
واذا كانت غير رايجة فهي سلعة فتتعين بالتعيين ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم وهذا اذا كانا
يعلمان بحالها ويعلم كل من المتعاقدين ان الاخر يعلم فان كانا لا يعلمان او لا يعلم احدهما او يعلمان
ولا يعلم كل ان الاخر يعلم فان البيع يتعلق بالدراهم الرايجة في ذلك البلد لا بالمشار اليه من هذه
الدراهم التي لا تروج وان كانت يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزيوف والنبهرجة
فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرايجة لكن يشترط ان يعلم البايع خاصة ذلك من امرها
لانه رضي بذلك وادرج نفسه في البعض الذين يقبلونها وان كان البايع لا يعلم تعلق العقد على الاروج
فان استوت تجري التفصيل الذي اسلفناه في اول كتاب البيع وتعيين الصنف الجيد تساهل ومن احكام
هذه الدراهم التي غلب غشها انها لو اشترى سلعة بها فكسدت اي قبل قبضها بطل البيع عند ابي حنيفة
فان كان المبيع قائما مقبوضا رده وان كان مستهلكا او هالكا رجع البايع عليه بقيمته ان كان قيميا
ومثله ان كان مثليا وان لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي واحمد
لا يبطل ثم اختلفوا فقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع قال في الذخيرة وعليه الفتوى لانه
مضمون به اي بالبيع وهو نظير قوله في المغصوب اذا هلك ان عليه قيمته يوم الغصب لانه يوم تحقق
السبب وقال محمد عليه قيمته اخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال
الى القيمة وفي المحيط والتتمة والحقايق به يفتى رفقا بالناس لهما ان البيع قد صح بالاجماع الا انه
تعذر التسليم اي تسليم الثمن لانعدام الثمنية بالكساد والضمير ضمير الشان وانه اي الكساد لا
يوجب الفساد كما اذا اشترى بالرطب شيا فانقطع في اوانه بان لا يوجد في الاسواق لا يبطل
اتفاقا وتجب القيمة او ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا ولابي حنيفة ان الثمن يهلك
بالكساد لان مالية الفلوس والدراهم الغالبة الغش بالاصطلاح لا بالخلقة وما بقي الاصطلاح بل انتفى
فانتفت الثمنية فبقي بيعا بلا ثمن بخلاف النقدين فان ماليتهما بالخلقة لا بالاصطلاح كالعبد
لما كانت بالحيوة ذهبت بذهاب الحيوة لا يقال فلتصر مبيعة اذا انتفت ثمنيتها لانا نقول تصير
مبيعة في الذمة والمبيع في الذمة لا يجوز الا في السلم واعترض في بعض الحواشي بان انتفاء ثمنيتها
يوجب انه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه دينا ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما
قدمنا من ثبوت التعين في البدلين بمجرد العقد فلا يلزم الافتراق عن دين بدين الا ان المجيب
نظر الى ان صورة المسئلة انه باع بدراهم كذا وكذا اغلب غشها وهذا لا يوجب انه يصير بيع مقايضة
اذا كسدت قبل القبض وليس في صورة المسئلة احضار الدرهم والاشارة اليها بعينها بل باع بها على
نمط ما يباع بالاثمان وهذا لان الفرض ان البيع وقع حال رواجها اثمانا وانما كسدت بعد قبل
القبض فلم يتنبه هذا المعترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعا بلا ثمن حتى شرط في الحيوان ان يكون

الكساد في سائر البلاد فلو كسدت في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند ابي حنيفة لانها لم تهلك لمصير
البيع بلا ثمن ولكن تعيبت فيكون البائع بالخيار ان شاء اخذ مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء
اخذ قيمته دنانير قالوا وما ذكر في العيون على قول محمد واما على قولهما فلا ينبغي ان ينتقض البيع بالكساد
في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح
بعض الناس وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل فالكساد يجب ان يكون على هذا القياس ايضا وما
ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت وانقطعت
فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري ويطالب
بالف بذلك العيار الذي كان وقت البيع. والجواب عن البيع بالرطب ان الرطب مرجو الوصول في
العام الثاني غالبا وكان له مظنة تغليب ظن وجوده بخلاف الكساد فانه ليس له مظنة محققة
الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل الظاهر عدم العود لان الاصل ما في غالبه الغش الكساد وعدم الثمنية
والشيء اذا رجع الى اصله فلا ينتقل عنه وفي الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير بغير اذنه بدراهم
معلومة واستوفاها فكسدت قبل ان يدفعها الى صاحب المتاع لا يفسد البيع لان حق القبض له **قوله**
ويجوز البيع بالفلوس لانها نوع من انواع المال فان كانت نافقة جاز البيع وان لم تعين بل لو عينت
لا تتعين وللعاقد ان يدفع غير ما عين لانها حينئذ اثمان كالدراهم حتى لو هلكت قبل القبض لا ينفسخ
العقد ولو استبدل بها جاز ولو باع فلسا بفلسين يجوز على ما سلف في باب الربا ولو باع فلسا
بغير عينه بفلسين باعيانهما لا يجوز لان الفلوس الرائجة امثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس
على سقوط قيمة الجودة فيكون ربا وان كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها ما لم تتعين
واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير
الاختلاف الذي بيناه اي في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لا عندهما ثم تجب قيمتها
يوم البيع عند ابي يوسف وعند محمد يوم الانقطاع هكذا ذكر القدوري الخلاف والذي في
الاصل وفي شرح الطحاوي والاسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر واستدل بما تقدم
من انقطاع الرطب المشترى به واباق العبد المبيع قبل التسليم لا يبطل العقد فيهما واجيب بما تقدم
واما العبد فانه لم يبطل بالاباق بل هو مال باق حيث هو وانما عرض العجز عن التسليم وكذا بالتخمير
لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا بخلاف الكساد لهلاك الثمن به الا ان الذي يقتضيه
النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القدوري اذ لا فرق بين كساد المغشوشة وكساد الفلوس اذ كل منهما
سلعة بحسب الاصل ثمن بالاصطلاح فان غالبة الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا فلو لم
ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به. وفي شرح الطحاوي لو اشترى مائة فلس بدرهم فقبض
الفلوس او الدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين وقد قدمناه فان كسدت الفلوس
بعد ذلك فانه ينظر ان كان الفلس هو المقبوض لا يبطل البيع لان كسادها كهلاكها وهلاك المعقود
عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس كهلاكها
وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس ان لا يبطل لانه قادر على اداء ما وقع العقد
عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشتري ابطاله فسخا لان كسادها كعيب فيها

والمعقود

والمعقود عليه اذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والاول اظهر ولو نقد الدرهم
وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل ان يقبض النصف الاخر بطل البيع في نصفها وله ان يسترد
نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة او شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد
البيع وعليه ان يرد المبيع ان كان قائما او قيمته او مثله وهذا معلوم مما ذكرنا الا ان ابا يوسف قال
في هذا ان عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع وفرق بين هذا وبين المسئلة الاولى وهي ما اذا باع
الفلوس بدرهم لان هناك لو اوجبنا رد قيمة الفلوس تمكن فيه الربو وههنا لا يتمكن وفي المسئلتين
جميعا اذا لم تكسد الفلوس غير ان قيمتها غلت او رخصت لا يبطل البيع وعليه ان يدفع العدد الذي عينه
منها **قوله** وان استقرض فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله يرد مثلها عددا اتفقت الروايات
عنه بذلك واما اذا استقرض دراهم غالبة الغش فقال ابو يوسف في قياس قول ابي حنيفة عليه مثلها
ولست ادري ذلك عنه ولكن لرواية في الفلوس اذا اقرضها ثم كسدت وقال ابو يوسف عليه قيمتها
من الذهب يوم القرض في الفلوس والدراهم وقال محمد عليه قيمتها في اخر وقت نفاقها وجه قوله
انه اي القرض اعارة وموجبه اي موجب عقد الاعارة رد العين اذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا
لرد المثل استلزم الربو للنسيئة فكان موجبا رد العين الا انه لما تضمن هذا العقد لما كان تمليك
المنفعة بالاستهلاك لا مع بقاء العين لزم تضمنه لتمليك العين فبالضرورة اكتفي برد العين معنى
وذلك برد المثل ولذا اجبر المغصوب منه على قبول المثل اذا اتى به الغاصب في غصب المثل بلا انقطا
مع ان موجب الغصب رد العين والثمنية فضل في القرض غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد
الكساد وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددي متقارب ولا ثمنية فيه ولهما انه لما بطل وصف الثمنية
تعذر ردها كما قبضها فيجب رد قيمتها وهذا لان القرض وان لم يقتض وصف الثمنية لا يقتضي
سقوط اعتبارها اذا كان المقبوض قرضا موصوفا لان الاوصاف معتبرة في الديون لانها تعرف
بها بخلاف الاعيان المشار اليها وصفها لغو لانها تعرف بذواتها وتاخير دليلهما بحسب عادة المصنف
ظاهر في اختياره قولهما ثم اصل الاختلاف في وقت الضمان اختلافهما فيمن غصب مثليا فانقطع
وجبت القيمة عند ابي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم القضاء وقولهما انظر للمقرض من قول
ابي حنيفة لان في رد المثل اضرارا به ثم قول ابي يوسف انظر له ايضا من قول محمد لان قيمته يوم
القرض اكثر من قيمته يوم الانقطاع فكان قول محمد انظر للمستقرض من قول ابي يوسف وقول
ابي يوسف ايسر لان القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع
فانه عسر فكان قول ابي يوسف ايسر في ذلك **قوله** ومن اشترى شيئا بنصف درهم فاكهة او غيرها
فان قال مثلا لبائع سلعة اشتريتها منك بنصف درهم فلوس فقال بعتك انعقد موجبا الدفع
ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة وكذا اذا قال بدانق من الفلوس وهو سدس الدرهم
او بقيراط وهو نصف السدس وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس
وهي تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها والا فالثمن مجهول ولان العقد
وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس وهو صفقة في صفقة فان المعنى انه شرط
ان يعطي بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو ان يبيعه بالدانق فلوسا ونحن نقول ان ما يباع

بالدانق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس لانه لما ذكر نصف الدرهم
ثم وصفه بانه فلوس وهو لا يمكن عرف ان المراد بما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فاغني
عن ذكر العدد بخصوصه واذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا
صفقتين في صفقة لان الثمن حينئذ من الابتدا ما يباع من الفلوس بنصف درهم ولو قال بدرهم فلوس
او درهمين فكذا عند ابي يوسف وعن محمد لا يجوز الا فيما دون الدرهم لان المبايعة في العادة في الفلوس
فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح ولا سيما
في ديارنا اي المدن التي وراء النهر فانهم يشترون الفلوس بالدراهم ولان المدار هو العلم بما يباع بالدراهم
من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بانه المراد ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدراهم
فصاعدا عن الدرهم ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه وفي
بعض النسخ سيما بغير لا وهو استعمال من لم يثبت في كلام من يحتج بكلامه في اللغة وبعضها على الصواب ٥

قوله ومن اعطى صيرفيا درهما فقال اعطني بنصفه او ربعه او قيراط منه فلوسا وبنصفه نصفا الا
حبة وعلى وزانه ان يقول وبثلاثة ارباعه ثلاثة ارباع درهم الا حبة وقبل الباقي جاز البيع في الفلوس
وبطل فيما بقي من النصف الا حبة والثلاثة ارباع وبا في الصور لان بيع نصف بالفلوس جائز وبيع درهم
بنصف درهم الا حبة ربوا لا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد
قوي مقارن للعقد فيشيع وقدم نظيره يعني في باب البيع الفاسد في مسئلة الجمع بين العبد والحر
اذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا واذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع ولو كرر لفظ الاعطا
بان قال اعطني بنصفه فلوسا واعطني بنصفه نصفا الا حبة كان جوابه كجوابهما في ان الفساد يخص النصف
الاخر لانهما بيعان لتعدد الصفقة وهذا هو المختار خلافا لما حكي عن الشيخ ابي جعفر وشيخ الاسلام
والمظفر انه لا يجوز وان كرر لفظ الاعطا لان تعدد الصفقة عنده بتعدد البيع وهو الايجاب والقبول ولفظ
اعطني مساومة واذا كان قوله بعني بكذا ليس ايجابا حتى لو قال بعت لا ينعقد ما لم يقل الاول قبلت
فاعطني وليس من مادة البيع اولى وحينئذ لم يتعدد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الاولى
وجه المختار ان ذلك صار معلوم المراد انه ايجاب وعلى هذا فلو تعورف في بعني مثله صح ايضا
الا انهم لم يذكروه وان الكلام فيما اذا دفع اليه المخاطب قبل الافتراق فانه يجعل بيعا في الصفقتين
بالمعاطاة فيهما والله اعلم ولو قال حين دفع اليه الدرهم الكبير اعطني نصف درهم فلوس ونصفا
الا حبة جاز فيهما لانه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيتحرى
للجواز بان يكون نصف درهم الا حبة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس نعم قد يقال لما كان معنى قوله
نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل اعطني بهذا الدرهم ما يباع من
الفلوس بنصف درهم ونصف درهم الا حبة وما يباع بنصف درهم معلوم انه يخص نصف الدرهم
فصار كالاول كانه قال اعطني بنصفه نصف درهم فلوس وجوابه ان موجب التحري التصحيح المعنى
على ذلك التقدير اعطني بهذا الدرهم نصف درهم الا حبة وما يباع بنصف درهم وهذا يفيد
انه انما اشتري ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف الا حبة بمثله
قال رحمه الله وفي اكثر نسخ المختصر يعني القدوري ذكر المسئلة الثانية ولم يذكر الاولى ولذا قال

شارحه

شارحه هو غلط من الناسخ ويجوز في فلوس الجر صفة لدرهم والنصب صفة للنصف **فروع**
تقدم بعضها في ضمن التعليل فربما يغفل عنها تصارفا جنسا بجنس متساويا فزاد احدهما او حط
شيا وقبل الاخر التحق باصل العقد وبطل العقد وقال ابو يوسف لا يلتحق فيهما ولا يبطل وقال محمد
يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتداة ولو تصارفا بغير الجنس فزاد او حط جاز لعدم اشتراط المماثلة
غير ان الزيادة تجب قبضها في مجلس الزيادة لانه من الصرف وعند من لا يلحق الزيادة باصل العقد
كالشافعي واحمد لا يشترط لانها هبة ابتداية ولو افترقا لا عن قبضها بطل حصتها من البدل الاخر
كانه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض والحط جائز سواء كان قبل التفرق او بعده ويرد الذي
حط ما حط وان كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لان في تبعيضه ضررا وكل مال الربوي
لم يجز بيعه مرابحة ولا مواضعة اذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه ولو اشتري مصوغا
من فضة بفضة او من ذهب بذهب وتقابضا فوجده المشتري معيبا له ان يرده بالعيب فان رده
بقضاء لا باس به ان لم يقبض الثمن من البايع في مجلس الرد لانه فسخ وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس
الرد فان قبض صح الرد والا بطل وعاد البيع الاول لانه بيع في حق الشرع فان تعذر الرد بان هلك في
يده او حدث عيب اخر رجع بارش العيب ان كان الثمن ذهبا لتعذر الفسخ وان كان فضة لا يرجع لانه يؤدي
الي الربو فان قبله البايع بعينه له ذلك والخيار للمشتري بعد ولو اشتري دينارا بدرهم ولا دينار
لهذا ولا درهم للاخر ثم استقرضا وتقابضا قبل التفرق جاز وفي الكيل لا يجوز وعند ابي حنيفة اشتري فلوسا
بدراهم ولا فلوس ولا دراهم لهما ثم نقد احدهما وتفرقا جاز ولو كان مكان الفلوس دينار لم يجز ونقد
معناه في تقسيم للطحاوي اشتري سيفا حليته مائة درهم فضة بمائتي درهم ثم علم ان حليته مائتا
درهم قبل التفرق فان شاء زاد في الثمن مائة اخرى وان شاء فسخ والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئا
لتمحض المائتان للحلية ولو علم بعد التقابض والتفرق بطل العقد في الكل ولو كان ذلك في ابريق فضة
بطل العقد في نصف الابريق والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب الكفالة

اورد الكفالة عقيب البيوع لانها غالبا يكون تحققها في الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البايع
الى المشتري فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها اورد
في التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالاجزة معاوضة عما يثبت في الذمة
من الاثمان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من ابواب البيع السابق على
الكفالة جليلة وهي تفرج كرب الطالب الخايف على ماله والمطلوب الخايف على نفسه حيث كفيا من
ما اهمهما وقرجاشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن تعالى
بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد بمتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها
ويقوم بها بان اتاح لها ذلك وسمي نبيا بذي الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك اراد قتلهم وسبب
وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج دفعه عنه اما تقربا الى الله تعالى او ازالة
للاذى عن نفسه اذا كان المطلوب ممن يهمه ما اهمه وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة والضرر الذي
ذكرناه آنفا ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وقوله صلى الله عليه وسلم

الزعيم غارم رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن والاجماع. وشرطها في الكفيل كونه من اهل
التبرع فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ولا تصح من المريض الا من الثلث وفي الدين ان يكون
صحيحا فلا كفالة في بدل الكتابة لانه ليس دينا صحيحا اذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة بخلاف
القياس ليصل العبد الى العتق وان يكون مقدور التسليم واما مفهومها لغة فقال المصنف الضم سواء كان
متعلقه عينا او معنى قال في المغرب تركيبه دال على الضم والتضمين ومنه كفل البعير كساء يدار حول سنامه
كالحوية عليه وكفل الشيطان مركبه. واما في الشرع فما اشار اليه من قوله ثم قيل هو ضم ذمة الى ذمة في
المطالبة. وقيل في الدين قال والاول اصح فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافا للشافعي ومالك واحمد
في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح في المبسوط احد القولين على الاخر وما
يقال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد الفين كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة
ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب زيادة حق الطالب لان الدين وان ثبت
فالاستيفاء لا يكون الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كلا ضامن للقيمة وليس حق المالك
الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما واختياره تضمين احدهما يوجب براءة الاخر فكذا ههنا يريد
باختياره التضمين القبض منه لا مجرد حقيقة اختياره لانه يتحقق بمرافعة احدهما ومجرد ذلك لا يبرأ
الاخر ومما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل انه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الاصيل
مع ان هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز. وكذا لو اشترى الكفيل بالدين شيئا يصح مع ان الشراء بالدين من غير
من عليه الدين لا يصح. والحاصل ان ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجاز ان يعتبر الشيء
الواحد في ذمتين انما يمتنع في عين يثبت في زمن واحد في طرفين حقيقيين. ولكن المختار ما ذكرنا انه في مجرد
المطالبة لا الدين لان اعتباره في الذمتين وان امكن شرعا لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن الا بموجب ولا موجب لان
التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ولا بد بثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن
وهو في ذمة الموكل. واما الجواب عن تسليم الهبة والدين فانما جعلناه في حكم الدينين تصحيحا لتصرف صاحب
الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لا ضرورة فلا داعي الى ذلك ولا يخفى انما نقل من قول ابي حنيفة ان
الدين فعل يقتضي ان يكون في ذمة الكفيل ايضا كما هو في ذمة الاصيل اذ فعل الاداء واجب عليه ثم الوجه
ان تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فان الكفالة كما تكون بالديون تكون بالاعيان المضمونة بنفسها وهو
ما يجب تسليمه بعينه فان هلك ضمن مثله ان كان له مثل وبقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع بيعا
فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ويجب تسليمها واذا هلكت يجب تسليم قيمتها اذا ثبت بالبينة
او بالاقرار والاعيان المضمونة بغيرها وهي الاعيان الواجبة التسليم قائمة وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها
ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها واما الاعيان
الواجبة التسليم وهي امانة كالعارية والمستاجر في يد المستاجر تصح الكفالة بها ومتى هلك لا يجب على الكفيل
قيمته بخلاف الاعيان الغير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها اصلا
واما ركنها فالايجاب والقبول بالالفاظ الاتية ولم يجعل ابو يوسف في قوله الاخير القبول ركنا فجعل
الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك واحمد وقول الشافعي واختلفوا على
قول ابي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب وتصح نافذة للطالب

حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يواخذ
به الكفيل. واما حكمها فثبوت حق المطالبة من الكفيل متى شاء سواء تعذر عليه مطالبة الاصيل اولا وفي
رواية عن مالك لا يطالبه الا اذا تعذر ذلك وقال ابن ابي ليلى وابن شبرمة وداود وابو ثور ينتقل الحق
الى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الاصيل كما في الحوالة وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك الى مالك خلاف
ما في مشاهير كتب اصحابه. واحتجوا بما روى ابو سعيد الخدري انه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال
هل على صاحبكم دين فقالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي رضي الله عنه انا لهما ضامن فقام
صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم اقبل على علي فقال جزاك الله خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك
فقيل يا رسول الله له خاصة ام للناس كافة فقال للناس كافة فدل ان المضمون عنه بريء من الضمان
وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه. وقوله في خبر ابي قتادة الان
بردت جلدته وصلوته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لانه بالضمان صار له وفاء وانما امتنع من الصلوة
على مديون لم يخلف وفاء وقوله فك الله رهانك لانه كان بحال لا يصلي عليه فلما ضمن عنه فكه عن ذلك
ولا يخفى انه لم يتم الجواب بعد فان الدليل يتم بصلوته عقيب ضمان علي اذ يدل على ان الضمان يتم بذلك
قوله قال اي القدوري الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة
بالاعيان التي ذكرناها فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار المكفول به ثم نقل عن الشافعي ان الكفالة
بالنفس لا تجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا واستدل لقوله المصنف
بانه التزم ما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة له على نفس المكفول به فكان كبيع الطير في الهواء وهذا لانه حر
لا ينقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا اذا كفل بغير امره وكذا بامره لان امره بكفالته لا يثبت له ولاية
عليه وصار كالكفالة ببدن الشاهدين. واستدل للمذهب بما اخرجه من قوله صلى الله عليه وسلم
الزعيم غارم باعتبار عمومه وقوله بنوعيه اي بنوعي عقد الكفالة. واعترض بانه مخصص بالزعيم في المال
من نفس الحديث حيث قال غارم والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال. واجيب بان الغرم لا يختص بالمال بل الغرم
اذا ما يلزمه مما يضره والغرام اللازم ذكره في المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت البقا
على كفالة المال وهو ما اشار اليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد امكن تحقيق معنى الكفالة
وحاصله الحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احيا للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط وما طرأ من
انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لان الظاهر انه ينقاد اذا كان بامره وان كان بلا امره
يمكنه احضاره بالاستعانة باعوان الحاكم وابطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بانه مبني
على عدم جواز الكفالة بالنفس فلا يصح دليلا. ولا يخفى ان ليس المراد بالقدرة المنفية القدرة الشرعية
ليكون مبنيا على عدم جواز الكفالة فيلزم الدور فليتأمل وروي انه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا
في تهمة وكان بين علي وعمر رضي الله عنهما خصومة فكفلت ام كلثوم بنفس علي واعترض بان المناقضة في
الحدود والقصاص فان الكفالة بالنفس فيهما لا تصح وان كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب
والجواب منع عدم صحتها مطلقا بل المنصوص في الاصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة
والقصاص في النفس وما دون النفس ووجهه انها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في
بعضها واما حد الزنا والشرب فعدم صحة الكفالة للزوم التنافي لان الحد يحتال في درئه وصحة الكفالة

للاستيثاق والاحتيال لاستيفايه فقام المنافع فيهما واما الجبر على اعطاء الكفيل فيها ففي الحدود لا يجبر بالاجماع
وفي القصاص كذلك عند ابي حنيفة خلافا لهما واما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدي فلان الكفالة
لا تفيد كان الشاهد عند مطالبة الطالب له بالاداء اما ان يجيب ويحضر او لا ففي الاول لا حاجة الى الكفالة
وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو احضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه **قوله** وتنعقد اذا قال
تكفلت الى اخره شروع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح تكفلت وضمنت
وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي ولك عندي هذا الرجل وعلي ان او افيك به او علي ان القاك به او ادعه
الي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروي في الفائق
الحميل ضامن واما القبيل فهو ايضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها وضمها في الماضي وكسرها
في المضارع ثم هذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا اضيفت الى جملة البدن او ما يعبر به عن الجملة
حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت او انا حميل او زعيم بنفسه او برقبته
او روحه او جسده او راسه او بدنه او وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن
وعرفا ولغة مجازا له وراس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه
قال البلخي رحمه الله لا يصح كما في الطلاق الا ان ينوي به البدن او الذي يجب ان يصح في الكفالة والطلاق
اذا العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم اما في
زماننا فلا شك في ذلك بخلاف ما لو قال بيده او رجله وياتي في ذمة ما تقدم في الطلاق وكذا
اذا اضاف الى جزء شايع منه كفلت بنصفه او ثلثه او بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لا
تتجزى فذكر بعضها شايعا كذكر كلها ووجه ضمنت بانه تصريح بموجبه لان موجب الكفالة لزوم الضمان
في المال في اكثر الصورة وعلي صيغة التزام والي في معناه قال صلى الله عليه وسلم من ترك كلا اي
يتيما فالي لان العطف يقتضي المغايرة وقوله وقد روينا فيه اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث
يريد قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم في الصحيحين عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله
عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فالينا واخرجه ابو داود والنساي وابن ماجه عن
المقدام بن معدي كرب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك كلا فالي ومن ترك مالا فلورثته
وانا وارث من لا وارث له اعقل عنه وارثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه ورواه
ابن حبان في صحيحه وفي لفظ لابي داود انا اولى بكل مومن من نفسه فمن ترك دينا او ضيعة فالي بخلاف
ما لو قال انا ضامن لمعرفته لا يثبت به الكفالة لانه التزم المعرفة دون المطالبة وكذا بمعرفته وكذا
وانا ضامن لك على ان اوقفك عليه او على ان ادلك عليه او على منزله **ولو قال** انا ضامن لتعريفه او على
تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه ان يلزم لانه مصدر متعد الى اثنين فقد التزم ان يعرفه الغريم
بخلاف معرفته فانه لا يقتضي الا معرفة الكفيل المطلوب **وعن** نصير قال سالت محمد بن الحسن ابا سليمان
الجوزجاني عن رجل قال لاخر انا ضامن لمعرفة فلان قال ابو سليمان اما في قول ابي حنيفة وابيك لا يلزمه
شي واما ابو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه ابو الليث في النوازل هذا
القول عن ابي يوسف غير مشهور والظاهر ما عن ابي حنيفة ومحمد وفي خزانة الواقعات وبه نفتي
اي بظاهر الرواية لكن نص في المنتقى ان في قول ابي يوسف فيمن قال انا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه

وعلى هذا معاملة الناس وفي فتاوي النسفي لو قال الدين الذي لك على فلان انا ادفعه اليك او اسلمه
اليك او اقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام **وفي** الخلاصة عن متفرقات خاله
قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم يؤد فانا اودي نظيره في النذر لو قال
انا احج لا يلزمه شي ولو قال ان دخلت الدار فانا احج يلزمه الحج **قوله** فان شرط في الكفالة اي
بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه او يوم لزمه احضاره فيه والا حبسه الحاكم لامتناعه عن
ايفاء حق مستحق عليه وهذا اذا لم يظهر عجزه عن احضاره فان ظهر لا يحبسه اذ لا فايدة في حبسه كما اذا
مات المكفول به فان الكفالة تبطل فان غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويوجل الى مدة يمكنه
الاحضار فيها فان لم يحضره ظهرت مماطلة الكفيل فيحبس الى ان يظهر للقاضي تعذر الاحضار عليه بدلالة
الحال والشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر الى وقت القدرة كما لاعسار بالدين واذا اخرج
لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من اشغاله ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة
الكفيل فلو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا اعرف فان كانت له خرجة معروفة يخرج اليها
الى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويومر الكفيل بالذهاب اليه وان لم يكن ذلك فالقول
للكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة وقيل لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبس
حتى يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها فان اقام
الطالب بينة انه في موضع كذا يومر الكفيل بالذهاب اليه وفي بعض النسخ قوله كذا وكذا اذا ارتد
ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه الى دار الحرب ان كان بيننا وبينهم موادعة فان لم يكن
لا يواخذ الكفيل للعجز عنه واللحاق وان كان موتا فهو حكمي في ماله ليعطى الاقرب اليه اما حقوق العباد
فثابتة على حالها ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعية فيما اذا كانت
مسافة القصر وجهان اظهرهما لا يسقط الطلب كما فيما دونهما والثاني يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة
قوله واذا احضره وسلمه اليه في مكان يقدر المكفول له على ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر من الامصار
بري الكفيل من الكفالة سواء قبله الطالب او لا كالمديون اذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب
وهذا لانه ما التزم التسليم بالكفالة الا مرة وقد حصلت ثم الشرط عندهما ان يكون ذلك المصر هو المصر
الذي كفل وعند ابي حنيفة ليس ذلك بشرط وبني المسالة الاخيرة من مسايل التسليم فوضعها هنا
وجه قوله انه يثبت بذلك قدرة المخاصمة في الجملة وبما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله
في وقت يقدر فيه على مخاصمته وهذا لا يكون ظاهرا الا في مصر لان شهوده ظاهرا فيه لا في غيره
من الامصار فلا يفيد الكفيل فايدته المقصودة به وقولهما اوجه **وفي** الفتاوي القاضي اذا اخذ
كفيلا من المدعى بنفسه فالكفيل اذا سلمه الى القاضي او الى رسوله بري وان سلم الى المدعي لا وهذا
اذا لم يضف الكفالة الى المدعي فان اضاف بان قال اكفل للمدعي فالجواب على العكس اما ان عين
مجلس القاضي او المسجد الجامع فالمذهب انه اذا سلمه في السوق بري لان المقصود من الكفالة يحصل
بذلك وهو قدرة المخاصمة وحين اختلف الزمان راى المشايخ انه لا يبرا بذلك لان البراءة كانت باعتبار
انه يقدر على ايصاله الى حضرة القاضي بمعاونة الناس وعبار الطريق الا ان لا يقدرون ولا يفعلون
ان قدروا فكان التقييد مفيدا وقد روي ذلك عن ابي يوسف نصا وقال لا يعينونه للاحضار بل يحب

ان يبني لهذا ولو شرط تسليمه عند الامير فسلمه عند القاضي او عزل ذلك الوالي وولي غيره فدفعه
عند الثاني جاز ذكره في الخلاصة ولو سلمه في برية او سواد لا يبرا اتفاقا ولو سلمه في السجن وقد
حبسه غير الطالب لا يبرا لانه لا يقدر على المحاكمة فيه وفي المنتقى رجل كفل بنفس محبوس ينبغي للقاضي
ان يخرجه حتى يدفعه الكفيل الى المكفول له ثم يعيده الى السجن ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب
سند له **وفي العيون** لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فاتى به الذي ضمنه الى مجلس القاضي
فدفعه اليه قال محمد لا يبرا الا في السجن ولو ضمنه وهو في السجن برا ولو خلي عن الحبس ثم حبس ثانيا
فدفعه اليه وهو في الحبس ان كان الحبس الثاني من امور التجارة ونحوها صح الدفع وان كان من امر
من امور السلطان لا يبرا ولو حبس الطالب المطلوب ثم اخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه الي فدفعه
وهو في الحبس قال محمد برئ بتسليمه اليه وهو في حبسه وهو مفهوم القيد في قول المصنف وقد
حبسه غير الطالب ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي اليك عن كفالته كان جائزا ايضا وبرئ الكفيل
وفي الواقعات رجل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر ان ياتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لانه عجز عن احضاره
قوله واذا مات المكفول له برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط
الحضور عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل يعني يبرا لانه لم يبق قادرا
على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب الذي هو احضار النفس بخلاف الكفيل بالمال
اذا مات فانه يطالب باداء ما كفل به لان ماله يصلح للوفا بذلك فيطالب به الوصي فان لم يكن فالوارث
لقيامه مقام الميت ويرجع ورثة الكفيل على الاصيل اعني المكفول عنه ان كانت الكفالة بامره كما في
الحياة ولو كان الدين مؤجلا ومات الكفيل قبل الاجل يؤخذ من تركته حالا ولا يرجع ورثته على المكفول
عنه الا بعد حلول الاجل لان الاجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته اليه وعن زفر لا يحل بموت
الكفيل لانه مؤجل على الكفيل ايضا اما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال
لان الكفيل موجود على قدرته والوصي او الوارث يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك **قوله**
ومن كفل بنفس اخر ولم يقل اذا دفعته اليك فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه اي دفع المطلوب هو
موجب التصرف يعني الكفالة فلا يحتاج في ثبوته الى التنصيص عليه كالملك موجب البيع فيثبت عنده
من غير ان يشترط والتحقيق ان موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها
والبراءة توجب الدفع وكانت حكم متعلق موجب الكفالة فاذا وجد وجد وقد وجد اذ فرض
الدفع فتثبت من غير حاجة الى اشتراطها وقوله كما في قضا الدين يعني اذا اسلم المديون الدين
للداين ولا مانع من القبض برئ وان لم يقبضه وكالغاصب اذا رد المغصوب على المالك برئ مع ان رجان
فههنا اولى والبايع اذا اسلم المبيع الى المشتري قال الفقيه ابو الليث انما ذكر هذا الدفع توهم انه
يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة الى ان يستوفي حقه لان الكفالة انما اريدت الا للتوثق لاستيفاء
الحق فما لم يستوفه يجب عليه تسليمه الى ان يستوفيه فازال هذا الوهم ببيان ان عقد الكفالة يوجب
التسليم مرة لا يفيد التكرار **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته اي من كفالة الكفيل وذلك
بان يقول سلمت نفسي او دفعت نفسي اليك من كفالة فلان صح عن كفالته فيبرا الكفيل بذلك قال شمس الائمة
لا يعلم فيه خلافا قال المصنف لانه اي المكفول مطالب بالخصومة وفي بعض النسخ مطالب بالحضور

يعني

يعني اذا طالب الكفيل كان بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطا ذلك عن نفسه اذا طالبه بحل الدين الذي
عليه فلا يكون متبرعا كالمحيل اذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب او لم يقبله وكذا اذا اسلمه رسول الوكيل او
وكله لقيامهما مقامه يعني اذا قال سلمت اليك نفسه عن الكفيل بخلاف ما اذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم
يزد على ذلك او سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرا الكفيل او سلمه اجنبي لا بامر الكفيل عن الكفيل لا يبرا
الكفيل بذلك الا ان يقبله الطالب فيبرئ الكفيل حينئذ بخلاف ما لو سكت الاصيل فلم يقل شيئا لا يبرا
قوله فان تكفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره
الى الوقت فهو ضامن للالف لان الكفالة بالمال في هذا معلقة بشرط عدم الموافاة وهذا التعليق
صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرا عن الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة المعلقة لا ينافي
الكفالة بنفسه اذ كل منهما للتوثق ولعله يطالبه بحق اخر فهذا مطلبان اما الاول فخالف فيه الشافعي
فقال لا تصح هذه الكفالة لانه اي لان تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع فكما
لا يجوز تعليق البيع كان يقول اذا دخلت الدار فقد بعتك كذا بماية فقبل الاخر لا يثبت البيع عند الدخول
كذلك هذا ولنا انه اي عقد الكفالة يشبه البيع في الانتهاء من حيث ان الكفيل بالامر يرجع عن المكفول
عنه بما ادى فصار كالمعاوضة ويشبه النذر ابتداء من حيث انه تبرع في الابتداء بالتزام المال فبالنظر
الى الشبه الاول فقط لا يصح تعليقه وبالنظر الى الثاني فقط يجوز مطلقا فان النذر يصح تعليقه
مطلقا فعملنا بالشبهين فقلنا ان كان التعليق بشرط متعارف بين الناس اي يتعارف التعليق به صح عملا
بشبه النذر وان كان بغير متعارف كدخول الدار وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع
والتعليق بعدم الموافاة متعارف ثم ذكر خصوص الكمية في صورة المسئلة وهو الالف اتفاقي في النقول
فان الكفالة لا تتوقف صحتها على معلومية القدر المكفول به بل لا تضر جهالة المكفول به لو قال كفلت
بما لك عليه صح ومهما ثبت بالبينة انه عليه له لزمه واما الثاني فقد نقل عن الشافعي عدم الصحة
الكفالتين وهو على خلاف صحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فانما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق
واما ثبوت صحتهما فللمقتضي وهو الكفالة بالنفس اولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد
الشرط فصحت الكفالتان تعددنا الموجب لان موجب تلك تسليم النفس وموجب الاخرى تسليم المال وليس
اسقاط احدهما مسقطا للاخر لجواز ان يكون له مال اخر يدعي به غير المال الذي كفل به معلقا وليس
في اللفظ ما يوجب ان التزام الكفالتين على البدل الا لو كانت العبارة كفلت بنفسه على اني ان لم اواف به
الى كذا اكنت كفيلا بما عليه بدل نفسه ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس منجزا ثم وقع له
كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة اخرى بالمال بعدم الموافاة به وقد وجد الشرط فتثبت الكفالتان
ولا يخفى حينئذ انه لو كانت المعلقة بما له عليه بان كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى كذا فهو كفيل
بكل ما له عليه ينبغي انه اذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بانه لم يبق له قبله حق ان تبطل الكفالة
بالنفس حينئذ ولو توارى المكفول له عند مجي الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه اليه وخاف لزوم المال
عليه يرفع امره الى القاضي لينصب وكيلا فيسلمه اليه وعلى هذا لو باع على ان المشتري بالخيار ثلثة ايام
فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري الى القاضي لينصب وكيلا عن الغايب ويرد عليه قال الفقيه
ابو الليث هذا خلاف قول اصحابنا وانما روي بعض الروايات عن ابي يوسف ولو فعله القاضي فهو حسن

في موضع ذكره في الخلاصة كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به غدا فالمال الذي للطالب على فلان
رجل اخر وهو كذا على الكفيل جاز على قول ابي حنيفة وابي يوسف الاول وهنا ثلاث مسايل احديها
ان يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وانه جايز استحسانا والثانية ان يكون الطالب مختلفا
فيهما فيبطل الكفالة بالمال سوا كان المطلوب واحدا او اثنين وان كان الطالب واحدا والمطلوب
اثنين فهو المختلف فيه ولو كفل بنفسه الى غد فان لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذي
عليه واشترط الكفيل على الطالب ان لم يواف غدا لتقبضه مني فانا بري منه فالتقيا بعد الغد فقال
الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت وان لم تواف انت لم يصدق واحد منهما فلو اقام المطلوب
على الموافاة بري من الكفالتين وكلما كفل على انه ان لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل انه وافى به
فعليه المال فادعى الكفيل انه وافى به لا يصدق ولو كفل بنفسه وقال فان غاب فلم اوافك به فانا
ضامن لما عليه فهذا على ان يوافيه بعد الغيبة قوله ومن كفل بنفس رجل فقال ان لم يواف به غدا
فعليه المال فان مات المكفول عنه يعني قبل الغد ضمن المال للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول
به ان كانت الكفالة باذنه فان قيل ينبغي ان لا يجب المال اذا مات المكفول به لان شرط صحة هذه الكفالة
بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهي زايلة بموت المكفول به على ما عرف وصار كما لو ابرا المكفول له
الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت اجيب بالفرق بان الابرا وضع لفسخ الكفالة فينفسخ من كل وجه
بخلاف الانفساخ بالموت انما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر اذ لا ضرورة الى تعديها الى
الكفالة بالمال واما جواب المحبوبي والمبسوط بان تصحيحها بطريق التقديم والتاخير بان يجعل
كانه كفل بالمال للحال ثم علق ابراه بعدم الموافاة فخروج عن الظاهر احتياطا لايجاب المال
لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة ولم يذكر في اكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره
فخر الاسلام والصدر الشهيد وقاضي خان فيثبت الفرق بين مسئلة الجامع والقدوري بان هذه
مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف والوجه ان هذه تفيد فائدة اخرى وهي ان عدم
الموافاة اذا كان لعجز الموت لا اثر له ويثبت عنده الضمان وانما كان يتوهم ان العجز الموجب لعدم الموافاة
يكون عن تقصير من الكفيل بخلاف موت المكفول عنه لانه غلب عن ذلك بامر سماوي لا حيلة له في دفعه ولا
تقصير منه فيه والا فكون تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يستبعد معرفة حكم هذه اذ عرف ان المدار
وجود الشرط ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه هذا اذا مات المكفول به فلو مات الكفيل قبل مجي
الوقت هل يجب المال دينا في تركته اذا مضى الوقت قال ظهير الدين في الاصل اشارة الى انه يجب فانه
قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل وان ابى القبول يجبر
عليه لان لهم حقا في ذلك وهو ان لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة قوله ومن ادعى على اخر الى اخره
صورتها في الجامع محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل لزم رجلا وادعى عليه ماية دينار فبينها او لم
يبينها او لزمه ولم يدع ماية دينار فقال له رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا
فعلي ماية دينار فرضي بذلك فلم يواف به غدا قال عليه الماية دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى ذلك
صاحب الحق انه له وهذا قول ابي يوسف وقال محمد ان ادعى ولم يبينها حتى كفل له بالماية دينار
او ادعاها بعد ذلك لم التفت الى دعواه واراد بالوجهين ما اذا بينها اي ذكر انها جيدة او ردية او وسط

او نحو

او نحو ذلك او لم يذكر كذا قيل والاوجه ان يراد بالوجهين ما اذا ادعى الماية بينها اولا وما اذا لم
يدع شيا حتى كفل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل لمحمد وجهان احدهما انه علق التزام مال مطلق
بخطر هو عدم الموافاة اذا لم ينسب الماية الى ما عليه وهو رشوة على ان يترك المطلوب في الحال فلم يصح
التزام هذا المال او كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالشك وعلى هذا الوجه
عول ابو منصور الماتريدي وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس الثاني ان الكفالة بالنفس باطلة
لان صحتها موقوفة على صحة الدعوى ولم تصح مع جهالة المدعى به من غير بيان فلم يجب احضار النفس
فلم تصح الكفالة بالنفس ولا تصح بالمال لانه بنا عليه واذا لم يصح الاول لم تصح الثانية وعلى هذا الوجه
عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين كما قال المصنف ولهما ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه
والعادة جرت بالاجمال في الدعاوى قبل الحضور الى مجلس القاضي احترازا عن حيل الخصوم ثم
يقع البيان فيه فيصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق البيان باصل الدعوى فتبين صحة
الكفالة الاولى فتترتب عليها صحة الثانية ونحن قد اسمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر
فيه حيث قال فعلي ماية دينار وكذا ذكر غير واحد وكذا في المبسوط فالوجه ان يترك المقدمة الاولى
ويقال انها اذا ظهرت الدعوى بالقدر ظهر انه اراد الالف التي سيدعيها حكما بان الكفيل كان يدري
خصوص دعواه تصحيحا لكلام العاقل ما امكن فيصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك
القدر وحاصل هذا انا لا نحكم حال صدورها بالفساد بل الامر موقوف على ظهور الدعوى بذلك
القدر فاذا ظهرت ظهر انه انما كفل بالالف المدعى بها وفي الخلاصة قال اذا كفل بنفس رجل على
انه ان لم يواف به غدا فعليه الف درهم ولم يقل التي عليه فمضى غد ولم يواف به وفلان يقول
لا شي علي والطالب يدعي الفا والكفيل ينكر وجوبه على الاصيل فعلى الكفيل الف درهم عند ابي حنيفة
وابي يوسف الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد لا شي عليه وهذا يقتضي ان الحاصل ان ابا حنيفة
وحده ويستفاد بها ان لا الف تجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وان كان الكفيل ينكر
وجوبه على الاصيل وسنذكر ما يظهر فيها قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص
عند ابي حنيفة رضي الله عنه قال المصنف معناه لا يجبر على اعطاء الكفيل عنده ولا يجبر في حد
القذف لان فيه حق العبد ولهذا تشترط الدعوى وفي القصاص خالص حق العبد ليس كذلك
بل الغالب فيه ذلك وفيه حق الله لاخلاء الارض عن الفساد ومعنى الجبر ليس ان يحبس حتى يعطي
بل يلازمه ولا يدعه يدخل بيته الا وهو معه او يجلس معه خارج البيت او يعطي كفيلا بخلاف
الحدود الخالصة حقا لله كحد الزنا والشرب لا تجوز الكفالة وان طابت نفس المدعى عليه باعطا
الكفيل بعد الشهادة او قبلها لان قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لانه
لا يسمع دعوى احد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس لحق واجب على الاصيل وبعد اقامة
البينة قبل التعديل او شهادة واحد عدل يحبس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة بخلاف
ما فيه حق العبد فان حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره
القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله فتصح الكفالة باحضاره واورد عليه ينبغي
ان لا يحبس بذلك لان معنى الاستيثاق فيه اكثر اجيب بان الحبس في هذا ليس للاحتياط لانه

للحد بل لتهمة الدعارة والفساد تعزيرا واذا لم يكفل به ماذا يصنع قال يلازمه الى وقت قيام القاضي
عن المجلس فان احضر البينة فيها والا خلى سبيله وروى عن ابي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلوة
احبسه واؤدبه ثم اخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فاني احبسه واخلده في السجن الا ان يتوب
لان شر هذا على الناس وشر الاول على نفسه ولابي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم لا كفالة في حد رواه
البيهقي وقال تفرد به عمر بن ابي عمرو الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين
ورواه ابن عدي في الكامل عن عمرو الكلاعي واعله به قال مجهول لا اعلم روى عنه غير بقية كما يروي عن
ساير المجهولين ولان مبنى الكل يعني من الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالقصاص
على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف ساير الحقوق لانه لا يندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق
كما في التعزير حيث يجبر المطلوب على اعطا الكفيل فيه بنفسه هذا ولو سمحت نفسه اي نفس المطلوب باعطا
الكفيل بلا اجبار يعني في حد القذف والقصاص جاز لانه امكن ترتيب موجبه عليه وهو تسليم النفس لان
تسليم النفس فيهما واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة اذا سمح
بها في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان تسليم النفس واجب فيها لكن نص في النوادر بالجبارية والشاهد
على ان ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحق القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ولانه معارض بوجوب الدرء
ولا يحبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي اي يعرف القاضي انه
عدل لنفي المجهول لان الحبس هنا للتهمة لا لاستيفاء الحد والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد
او العدالة فاذا وقعت التهمة حبس بالنص وهو ما روي بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقدمنا تخريجه والكلام فيه في الحدود بخلاف الاموال لان الحبس اقصى
عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس وامتنع الايقا حبس فكان اقصى
عقوبة فيها اما الحدود والقصاص فاقصى العقوبة فيها القتل والحبس نوع عقوبة فجاز ان يعاقب
بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص وفي الصحاح والمغرب التهمة بالتحريك واصل التاء فيه واو من وهمت
الشيء اتهمه وهما من باب ضرب اي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر واتهمت فلانا بكذا
والاسم التهمة بالتحريك اصله اوتهمت كما في اتكلت اصله اوتكلت بمعنى اعتمدت قلبت الواو ياء لانكسار
ما قبلها ثم ابدلت منها وادغمت في تاء الافتعال قال المصنف وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا
يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة اذ هما يقولان بجواز الكفالة
فيحصل المقصود فكان عنهما روايتان في رواية يحبس ولا يكفل وفي اخرى يكفل ولا يحبس
لحصول المقصود باحدهما وجمع بينهما بان المراد بالاول يحبس ان لم يقدر على كفيل وبالثانية يكفل بلا
حبس ان قدر على الكفيل ولا يخفى ان المراد بالحدود حد القذف والقصاص **قوله** والرهن والكفالة
جايزان في الخراج لان الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يحبس به
ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه والخراج يمكن استيفاؤه
من الرهن فامكن ترتيب موجب العقد اي كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفا
للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به وظهر بما قررناه ان قوله مطالب به يمكن الاستيفا
لف ونشر فالمطالبة يرجع الى الكفالة والاستيفا يرجع الى الرهن وانما نص على خصوص هذا الدين

لدفع توهم انه لا يجوز الكفالة به لان الخراج في حكم الصلات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة لكن لما كان ملزوما
للوازم الدين كما ذكرنا صح العقدان المذكوران بخلاف دين الزكوة فانه وان كان له مطالب من العباد وهو
الامام في الاموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فانه ليس حقيقة الدين لان حاصله
ايجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة الغنى ولذا لا يؤخذ من تركته جبرا للورثة عندنا
ولم يخلص كونه له مطالب من العباد عن شبهة عدم ذلك فان المالك للعين تحقق مطالبا من جهة العبا
حقيقة بل حقيقة ذلك ان يكون غير المالك مطالبا فالمالك مطالب بفتح اللام لغيره ومطالبة الامام
ليس لايصال المستحقين الى املاكهم بل لكونهم يستحقون لا بطريق الملك بخلاف ساير الديون فانها
مملوكات **قوله** ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا اخر بنفسه جاز وهما
كفيلان بالنفس لان موجبه التزام المطالبة وجاز تعدد الملتزمين بها لزيادة التوثق ثم اذا اسلم
احدهما نفس المكفول به لا يبرا الاخر بالاجماع بخلاف الكفالة بالمال ان كفلوا معا طولب كل بما يخصه
او على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل مثلا كفل ثلثة معا بالف لا يطالب احدهم الا بثلثها ولو
كفلوا بها على التعاقب طولب كل واحد بالف وايهم قضى سقطت عن الباقين **قوله** واما الكفالة بالمال
هو عديل قوله اول الباب الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال من حيث المعنى فان المعادل الكفالة
لو قال اما الكفالة بالنفس وهو انما قال فالكفالة بالنفس الى اخره والكفالة بالمال عندنا جايزة وان
كان المال المكفول به مجهول المقدار وبه قال مالك واحمد والشافعي في القديم وقال في الجديد وهو
وابن ابي ليلى والليث وابن المنذر لا يجوز بالمجهول لانه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لو كو
المماكسات في مبادلة المال بالمال والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله تعالى
او رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالي بما التزم في ذلك ويدل على ذلك اقدامه بلا تعيينه للمقدار حين
ما كان عليه فعلى فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة ومن اثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط
عشرة ايام بخلاف البيع ومما نوقض به من انه لو قال انا ضامن لك ببعض ما لك على فلان فانه لا يصح
ممنوع بل يصح عندنا والخيار للضامن ويلزمه ان يبين اي مقدار شاء وعلى ضمان الدرك اجماع وضمان
الدرك ان يقول للمشتري انا ضامن للثمن ان استحق المبيع احد مع جواز ان يظهر استحقاق بعضه او كله
وقد نقل نص الشافعي على جواز ضمان الدرك واما الاستدلال بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا
به زعيم على ان شرع من قبلنا شرع لنا اذا قصه تعالى ولم يعقبه بانكار فيمكن ان يدعى ان حمل البعير
كان مقدارا معينا كما يتعارف في زماننا ان الحمل الصادر خمسماية رطل فلا يتم الاستدلال به وصار
كما لو كفل بشجة اي خطا فان العمد على تقدير السراية يجب القصاص اذا كانت بالة جارحة ولا كفالة
بالقصاص واذا كانت خطا ففي الكفالة بها جهالة المكفول به فانها ان سرت الى النفس وجب دية النفس
والا فارش الشجة ومع ذلك صح وقدمنا ان المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فانه ليس
بدين صحيح لان العبد متمكن من اسقاط هذا الدين بنفسه بان يعجز نفسه ولانه للسيد على عبده ولا
دين يثبت للسيد على عبده وكذا احترز به عن دين الزكوة فانه دين حتى منع وجوب الزكوة لكنه ليس حقيقة
الدين من كل وجه لما ذكرنا والدرك التبعة وفيه فتح الراء وسكونها ثم المكفول له بالخيار ان شاء طالب
الذي عليه الدين وان شاء طالب الكفيل وهو قول اكثر اهل العلم وعن مالك لا يطالب الكفيل الا اذا تعذرت

مطالبة الاصيل وله مطالبتهما جميعا لان الكفالة ضم ذمة الى الذمة وذلك يسوغ مطالبتهما ومطالبة
ايهما شاء الا اذا شرط في الكفالة براءة الاصيل فحينئذ لا يطالب الاصيل بناء على انها حينئذ حوالة عقد
بلفظ الكفالة تجوزا بها فيها فيجري حينئذ احكام الحوالة كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ الاصيل تنعقد
كفالة اعتبارا للمعنى فيهما بخلاف المالك المغصوب منه اذا اختار تضمين احد الغاصبين يعني الغاصب
وغاصب الغاصب اذا قضى القاضي عليه بذلك ليس له ان يضمن الاخر لان اختياره تضمين احدهما الى ان قضى
عليه يتضمن التمليك منه فيبرأ الاخر بالضرورة بخلاف المطالبة عن الكفالة لانها لا تقتضي التمليك ولو قضى
عليه ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء **قوله** ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا
فعلي وما ذاب لك عليه اي ما وجب وثبت فعلي من ذوب الشحم لان المعنى ان بايعه فعلي درك ذلك البيع
وان ذاب لك عليه شي فعلي وكذا ما غصبك فعلي واذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعة الاولى فلو بايعه مرة
بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعة الثانية ذكره في المجرد عن ابي حنيفة نصا وفي نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة
يلزمه كله ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعة صح حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل
شي وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فان جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة لجهالة
المكفول في الاضافة ولو قال ما بايعت من الناس فعلي ضمانه فهو باطل لتفاحش الجهالة بجهالة المكفول
عنه وبه بخلاف انفراد جهالة المكفول به فحينئذ قليلة تحمل والحاصل ان جهالة المكفول له تمنع
صحة الكفالة مطلقا وجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والاضافة
تمنع صحة الكفالة وفي التنجيز لا تمنع مثال ذلك لو قال ما ذاب لك على احد من الناس او ما بايعت احدا
فهو علي لا تصح لجهالة المضمون عليه في الاضافة وكذا لو قال ما ذاب لاحد عليك فهو علي لا تصح لجهالة
المكفول له ولو قال ما غصبك فلان او سرقك فعلي جاز لانتفائهما ومن المثل ما غصبك اهل هذه
الدار فانا له ضامن لا تصح الكفالة كانه قال ما يجب لك على واحد من الناس فعلي وفيه لا تصح لجهالة المكفول
عنه ومن بايع فلان اليوم من بيع فعلي لا يلزم الكفيل شي لجهالة المكفول له لانه ضمن لواحد من الناس
بخلاف ما لو قال لجماعة حاضرين ما بايعتموه فعلي نحو فايهم بايعه لزم الكفيل لانه ضمن لمعينين وحينئذ
يجب كون اهل الدار في المسئلة قبلها ليسوا معينين معلومين عند المخاطبين والا فلا فرق ومنه
ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله على فلان او لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له
ولو قال لرجل كفلت بما لك على فلان او بما لك على فلان رجل اخر جاز لانها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون
الخيار للكفيل فيحتاج الى فرقين فرق بين المكفول له وعنه في التنجيز حيث يصح مع جهالة المكفول عنه
دون المكفول له وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والاضافة حيث يصح في التنجيز دون الاضافة اما الاول
فما ذكر في الذخيرة ان الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لانه يملك ما في ذمة
المكفول عنه من الكفيل فلا بد من تعيين فلا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعينه فكانت
جهالة الطالب مانعة جوازها لجهالة المشتري مانعة للبيع والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق
والعتاق حيث يصح من غير قبوله وامره فلا تمنع جهالته جوازها كما لا تمنع جهالة المعتق جواز العتق
واما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الارسال والتعليق ان القياس يابى جواز اضافة الكفالة لانها
تمليك في حق الطالب وانما جوز استحسانا للتعامل والتعامل فيما اذا كان المكفول عنه معلوما فاذا

كان

كان مجهولا لا يبقى على القياس وحاصل هذا ان المبطل هو الاضافة لا جهالة المكفول عنه اذا عرف
هذا اجبنا الى مسئلة الكتاب فاستدل المصنف واكثر الاصحاب بقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا
به زعيم ونقل عن ابي بكر الجصاص تضعيفا لاستدلال به لجواز ان يكون لبيان الجعالة لا الكفالة
وكذا قاله اصحاب الشافعي لان هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستاجر لانه ضامن للاجرة
عن نفسه بحكم الاجارة لا الكفالة وضمان الجعالة على هذا الوجه جائز لمن ابق عبده فقال من جاء به
فله كذا والدليل على انه ليس من باب الكفالة بل من الجعالة ان المكفول له في الاية مجهول ولا كفالة
مع جهالته الا في مسئلة واحدة ستاتي وعامة المشايخ قالوا الاستدلال به صحيح فان الزعيم حقيقة
الكفيل والمؤذن انما نادى للعير عن غيره وهو الملك فان المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير
لانه انما نادى بامره ثم تكفل عن الملك بالجعل المذكور لا عن نفسه الا ان فيه جهالة المكفول له
فقد اشتملت على امرين جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافة وقد علم انتساخ
الاول بدلالة الاجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الاخر كما قلنا بجواز الكفالة
عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيبته لحديث ابي قتادة في قصة الميت الذي
بدر بيمين فقال هما علي فصلى عليه الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الامرين ثم قام الدليل على
انتساخ احدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يقم على الاخر وهو الكفالة عن الميت
المفلس ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الاجماع على صحة ضمان الدرك ولما كان اضافة
الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبيع الى اخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص
وهو ان يكون شرطا ملايما وملايمة الشرط باحد ثلثة امور احدها ان يكون سببا للزوم الحق وهو
الذي عبر عنه المصنف بان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع فان استحقاقه سبب لوجوب
الثمن على البائع للمشتري ومن هذا القبيل ما في الاية فان الكفالة بالجعل معلقة بسبب وجوبه وهو
المجي بالصاع فانه سبب وجوب الجعل الثاني ان يكون شرطا لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم
فلان وهو مكفول عنه فان قدومه سبب موصل للاستيفاء منه الثالث ان يكون سببا للتعذر الا
مثل ان غاب عن البلد وهرب او مات ولم يدع شيا ومن الصور المروية عن محمد ضمنت ما لك على فلان
ان توى وان جحد ما لك عليه ولم يوفك به **وفي** الخلاصة نقلا عن الاصل قال للمودع ان اتلف المودع
وديعتك او جحدك فانا ضامن لك صح وكذا اذا قال ان قتلك ابنك فلان خطا فانا ضامن من الدية صح بخلاف
ان اكلك سبع ونحوه مما ليس ملايما كان دخلت الدار او قدم فلان وهو غير مكفول عنه او هبت الريح
او جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل واحد منهما اجلا يعني من هبوب الريح ومجي المطر
كان يقول كفلت به او بما لك عليه الى ان تهب الريح او الى ان يجي المطر لا يصح الا ان الكفالة تثبت
حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بها نحو اذا هبت الريح فقد كفلت لك بما لك عليه فان الكفالة
باطلة اصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس والمهرجان او العطا او صوم النصارى جازت الكفالة
والتاجيل فالحاصل ان الشرط الغير ملايم لا تصح معه الكفالة اصلا ومع الاجل الغير الملايم تصح
حالة ويبطل الاجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله لان الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا يبطل بالشروط
الفاسدة كالطلاق والعتاق تقتضي ان في التعليق بغير الملايم يصح الكفالة حالة وانما يبطل الشرط

ستيفاء

والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيخان ان الكفالة باطلة فتصحيحه ان تحمل لفظ تعليقها على معنى
تاجيلها بجامع ان في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط
فانه ذكر التعليق واراد التاجيل هنا وظاهر شرح الاتقاني المشي على ظاهر اللفظ فانه قال فيه
الشرط اذا كان ملايما جاز تعليق الكفالة ومثل بقوله اذا استحق المبيع فانا ضامن الى ان قال وان كان
خلاف ذلك كهبوب الريح ومجي المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال
لان كلما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشروط الفاسدة اصله الطلاق والعتاق **وفي الخلاصة**
كفل بمال على ان يجعل له الطالب جعلا فان لم يكن مشروطا في الكفالة فالشرط باطل وان كان مشروطا
فيها فالكفالة باطلة انتهى وهذا يفيد انها تبطل بالشروط الفاسدة اذا كانت في صلبها **قوله**
فان قال تكفلت بما لك عليه هذا شروع في بيان حضور وقت الوجوب على الكفيل وهذا على اختلاف
الالفاظ التي تقع بها الكفالة فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت لك بما لك عليه فلا يجب على الكفيل شي
الا ان تقوم البينة بمقدار الف او غيرها لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق لها ما
عليه فوجب عليه ولو لم تقم بينة فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه مع يمينه فان
اعترف المكفول عنه باكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق
المكفول عنه في حق نفسه بما اقر به على نفسه لولايته عليها بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو علي
او ما ثبت فاقر المطلوب بمال لزم الكفيل لان الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فانه بمعنى حصل
وقد حصل باقراره بخلاف الكفالة بما لك عليه فانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة
بما سيجب والوجوب يثبت باقراره بخلاف ما قضي عليه لك فلا يلزم الا ان يقضي القاضي ومثل
ما لك ما اقر لك به امس فلو قال المطلوب اقررت له بالف امس لم يلزم الكفيل لانه قبل ما لا واجبا
عليه لا ما لا يجب عليه في الحال ولم يثبت انه واجب عليه فان قال ما اقر به فاقر في الحال يلزمه ولو
قامت بينة انه اقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لانه لم يقل ما كان اقر لك ولو ابى المطلوب اليمين
فالزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل وفي الخلاصة رجل قال ما اقر فلان به
فهو علي فمات الكفيل ثم اقر فلان فالمال لازم في تركة الضامن وكذا ضمان الدرك ومنها رجل قال لآخر
بايع فلانا فما بايعته من شي فهو علي صح فان قال الطالب بعته متاعا بالف وقبضه مني واقر به المطلوب
وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل به استحسانا بلا بينة ولو جحد الكفيل والمكفول عنه البيع واقام
الطالب البينة على احدهما انه باعه وسلمه لزمهما ولو قال ان لم يعطك فلان ما لك عليه فانا ضامن
بذلك لا سبيل فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا اعطيك ولو مات المطلوب قبل ان يتقاضاه
لزم الضمان ايضا ولو لم يمت لكنه قال انا اعطيك ان اعطاه مكانه او ذهب الى السوق فاعطاه
او قال اذهب الى المنزل حتى اعطيك ما لك فاعطاه فهو جائز فان قال ذلك ولم يعطه من يومه
لزم الكفيل ولو قال ان تقاضيت فلانا ما لك عليه فلم يعطك فانا المال عليه ضامن فمات
المطلوب قبل ان يتقاضاه بطل الضمان ولو قال ان عجز غريمك عن الاداء فهو علي فالعجز يظهر
بالحبس ان حبسه ولم يؤد لزم الكفيل **وفي** فتاوى النسفي رجل كفل لرجل عن رجل بمال على ان كفل
عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة **وفي**

مجموع النوازل

مجموع النوازل جماعة طمع الوالي ان ياخذ منهم شيا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الوالي ببعضهم
فقال المختفون للذين وجدهم الوالي لا تطلعوه علينا وما اصابكم فهو علينا بالحصص فلو اخذ الوالي
منهم شيا فلهم الرجوع قال هذا مستقيم على قول من يقول بجواز ضمان الجباية وعلى قول عامة المشايخ
لا يصح ولو كفل بماله على ان يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز اذا امره بذلك وليس
له ان يسترد الوديعة منه فان هلكت بري الكفيل والقول قول الكفيل انها هلكت فلو غصبها رب
الوديعة او غيره او استهلكها بري الكفيل والحوالة على هذا ولو ضمن بالف على ان يعطيه اياه من ثمن
هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار **قوله** ويجوز الكفالة بامر المكفول
عنه وبغير امره لاطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم فانه اعم من كونه باذن
وبلا اذن ولانه اي عقد الكفالة التزام المطالبة وهو اي هذا الالتزام تصرف في حق نفسه وفيه
نفع للطالب بلا ضرر على المطلوب لان ضرره ثبوت الرجوع ولا رجوع عليه لانه اي الرجوع عند امره
وعند امره يكون قد رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى لانه قضى دينه بامره مقيد بامرين احدهما
ان يكون المطلوب ممن يصح منه الامر فلو كان صبيا محجورا وامر من يكفل فلا رجوع له عليه ولو كان عبدا
محجورا فانما يرجع عليه بعد عتقه فلو كان الصبي ماذونا صح امره ويرجع الكفيل عليه لصحة امره
بسبب الاذن ثانيهما ان يشتمل كلامه على لفظة عني كان يقول اكفل عني اضمن عني لفلان او على قوله
وانا ضامن ونحوه فلو قال اضمن الالف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الاداء لان الكاين مجرد الامر
بالضمان والاعطاء فجاز ان يكون القصد ليرجع وان يكون القصد طلب تبرعه بذلك فلا يلزم المال
وهذا قول ابي حنيفة ومحمد بدليل ما في اشارات الاسرار اذا قال لرجل اضمن لفلان الف درهم
او اقضه الف درهم ففعل لم يرجع الامر الا اذا كان خليطا او شريكا وقال ابو يوسف يرجع لان وجه
القضا بناء على الامر فلا بد من اعتبار الامر فيه وان يكون كذلك الا اذا يكون قضاء من جهة الذي امر
فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضا منه ومتى قلنا لا يقع عن الذي امر لغا الامر
لانه يصير قاضيا عن نفسه فيصير وجود الامر وعدمه سوا اما الخليط فيرجع عليه بالاجماع والخليط
هو الذي يعتاد الرجل مداينته والاخذ منه ووضع الدراهم عنده والاستجرار منه واورد مطالبة
بالفرق بين الامر في الكفالة وبين ما اذا قال ادّ عني زكوة مالي او اطعم عني عشرة مساكين فادى عنه
لا يرجع على الامر ما لم يشترط الضمان فيقول على اني ضامن فلم يكتف بمجرد الامر في الرجوع وان ذكر فيه
لفظة عني بل حتى يشترط الضمان وفي الكفالة اكتفي به واجاب في الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام
بان الامر طلب التمليك من المامور في الفصول كلها لانه امره ان يؤدي عنه ويقضي عنه ولن يكون
قاضيا عنه الا بعد ان يصير المقضي به ملكا للامر الا ان الملك للامر انما يثبت في ضمن ملك القابض
فيثبت على وفقه فمتى ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت للامر مثل ذلك والا فلا وفي
قضا الدين انما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لانه انما يملك بالمثل وهو الدين السابق له
حتى لو ظهر ان لا دين عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للامر ملك مضمون بالمثل وليس ذلك الا
القرض وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل حتى لو ظهر ان لا زكوة عليه
لا يسترد من الفقير ما قبض فيثبت للامر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه الا بالشرط والحاصل ان الامر

في الكفالة يضمن طلب القرض اذا ذكر لفظة عني وفي قضاء الزكوة والكفارة طلبا نيابة ولو ذكر لفظة عني
لما ذكرنا ان الملك انما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي يثبت للقابض وقوله وان كفل بغير امره لم يرجع هو
قول الشافعي ورواية عن احمد وقول مالك ورواية عن احمد يرجع كالوكيل بامره لان الطالب بالاستيفا
منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل او كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الاصيل وكلنا
تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز حيث تساهلنا في شيء من ذلك فانما معناه التشبيه اي هو كالمملك
وفي الكفالة بالامر يجب المال على الاصيل حكما للكفالة كما وجب للطالب بها على الكفيل لكن متاخرا الى ادائه
وهذا لا يكون في كفالته بلا امره لانه متبرع ولا يمكن اثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك
لا يرجع وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى ما ضمنه اما اذا ادى خلافه انما يرجع بما ضمن حتى لو كان
الدين زيوفا فادى فيها جيادا فانما يرجع بالزيوف او كان الدين جيادا فادى عنها زيوفا وتجوز الطالب
فانما يرجع بالجياد بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى فلو كان الدين جيادا فادى زيوفا
يرجع بالزيوف ولو كان زيوفا فادى جيادا فبالزيوف ايضا لان رجوعه بحكم الامر ولم يتناول صفة الجودة
فيما اذا كان الدين زيوفا بخلاف الامر اما الكفيل فانما يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء
فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين وصار كما اذا ملك الكفيل الدين بالارث بان مات الطالب
والكفيل وارثه فانما له عينه وكذا اذا وهب الطالب الدين للكفيل او تصدق به عليه فانه يملكه
ويطالب به المكفول عنه. فان قيل ينبغي ان لا يصح هبة الدين من الكفيل لان هبة الدين انما تصح
ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار وبهذه المسئلة استدل من قال ان الكفالة ضم
في الدين اجيب بان هبة الدين من غير من عليه انما لا يجوز اذا لم ياذن للغير في قبضه فاما اذا
وهب الدين من اخر واذن له في قبضه جاز استحسانا وهنا لما ادى الدين فقد سلطه الطالب
على قبضه من المطلوب كذا قيل والاوجه ان يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الاداء وانما
اخرنا هذه العبارة لان بقبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب وصار
ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه. والاوجه انما
اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الاصيل ويسقط عنهما باداء احدهما كما هو احد القولين
او اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف واذا وهب الكفيل الدين لا بد من قبوله بخلاف ما اذا
ابراه لان الواجب عليه المطالبة والابراء يسقط فلا يحتاج الى القبول ولا يرتد بالرد وقوله
وكذا اذا ملك المحتال عليه الدين بالاداء الى المحتال بان احال المديون رجلا على رجل ليس له
عليه دين فقبل الحوالة وادى فانه يملك الدين الذي على المحيل فيرجع به لا بما ادى حتى لو ادى
عروضا او دراهم عن الدنانير لا يرجع الا بالدين كالكفيل وكذا لو وهب المحتال الدين للمحتال عليه
او تصدق به عليه او ورثه المحتال عليه من المحتال وقوله كما ذكرنا في الحوالة اي حوالة كفاية المنتهى
بخلاف المامور باداء الدين فانه يرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء فانما يرجع بما ادى
كما ذكرناه قريبا وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف المكفول بها عن خمس مائة حيث يرجع
بما ادى وهو الخمس مائة لا بما ضمن وهو الالف لانه اسقاط او هو ابراء عن بعض الدين فيسقط
البعض ولا ينتقل الى الكفيل وقوله فصار كما لو ابرا الكفيل يعني عن خمسمائة واخذ منه خمسمائة لا يرجع

الكفيل

الكفيل على المكفول عنه الا بخمس مائة فكذلك اذا صالح على خمس مائة عن الالف لا يرجع الا بخمس مائة
او المعنى اذا ابرا الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فكذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض
اعتبارا للبعض بالكل قوله وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه
اي الكفيل لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث له ان يرجع على الموكل بالثمن قبل ان يؤديه
لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية فان الموكل لا يستفيد الملك الا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع
ولذا كان له حبس المشترى قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل فان
لوزم الكفيل بالمال فله ان يلازم المكفول عنه اذا كانت الكفالة توجب الرجوع حتى يخلصه وكذا
اذا حبس كان له ان يحبسه خلافا للشافعي في الاظهر قال لانه لا دين له عليه اذ الدين لا ينتقل
اليه الا بالاداء ولم يؤد بعد قلنا ملازمته وحبسه معه كما جاز ان يكون للدين جاز ان يكون
لانه الذي ادخله في ذلك فعليه خلاصه والا فعامله بمثل ما عامل به قوله واذا ابرا
الطالب المكفول عنه او استوفى منه حقه بري الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان
الدين عليه اي على الاصيل في الصحيح خلافا لمن ذكر ان الدين في ذمة الكفيل والقائل ليس الا في
ذمة الاصيل قائل بان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان ضمان الكفيل يشترط بقاء ضمان الاصيل
ويشترط قبول الاصيل او موته قبل القبول والرد فان ذلك يقوم مقام القبول ولو رده ارتد
ودين الطالب على حاله واختلف المشايخ ان الدين هل يعود الى الكفيل ام لا فبعضهم يعود وبعضهم لا
بخلاف الكفيل فانه اذا ابراه صح قبل او لم يقبل ولا يرجع على الاصيل لما ذكرناه قريبا ولو كان ابرا الاصيل
او وهبه او تصدق عليه بعد موته فعند ابي يوسف القبول والرد للورثة فان قبلوا صح وان ردوا
ارتد وقال محمد لا يرتد بردهم كما لو ابراهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالابرا قوله
وان ابرا الكفيل لم يبرا المكفول عنه لان عليه اي على الكفيل المطالبة دون الدين وبقا الدين بدونه
او بدون المطالبة على تاويل الطلب جائز فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الاصيل فلا يبرا
الاصيل بابرائه وكذا اذا اخر عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله ولو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الاصيل
لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد فان قيل الابرا المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت
يرتد برده وبرد الاصيل يرتدان كلاهما. والجواب ان الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق
بينهما في كل حكم وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد عليه ما ذكر في الذخيرة ان
الابرا المؤبد اسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تمليك مال لما ذكرنا ان الواجب بالكفالة مجرد المطالبة
والاسقاط المحض لا يحتمل الرد لتلاشي الساقط كاسقاط الخيار واما الابرا الموقت فهو مطالبة
وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل في التاخير فكان قابلا للابطال بخلاف الاسقاط المحض
فاذا عرف هذا فانما لم يقبل الكفيل التاخير او الاصيل فالمال حال يطالبان به للحال وهذا بخلاف
ما لو كفل بالمال اي بالدين الحال مؤجلا الى شهر مثلا فانه يتاجل عن الاصيل الى شهر لانه اي المكفول
له لا حق له حال الكفالة الا في الدين فليس اذ ذاك حق يقبل التاجيل سواه فكان الاجل الذي
يشترطه الكفيل داخلا فيه بالضرورة فيتاجل عن الاصيل اما ههنا وهو ما اذا كانت الكفالة ثابتة
قبل التاجيل فبخلافه لانها تقرر حكمها قبل التاجيل انه جواز المطالبة ثم طرا التاجيل عن الكفيل فيقتصر

الي ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة **قوله** فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسماية
او شرط براتهما جميعا عن الخمسماية او شرط براة المطلوب برا جميعا وان شرط براة الكفيل
وحده بري الكفيل عن خمسماية والالف بتمامها على الاصيل فيرجع الكفيل بخمسماية ان كان بامره والطالب
بخمسماية بخلاف ما لو صالحه على خمسماية على ان يهب لما بقي حيث يرجع الكفيل بالف وان لم يشرطا
براة واحد منهما بان لم يزد على قوله صالحتك عن الالف على خمسماية وهي مسئلة الكتاب برا جميعا عن خمسماية
لانه اي الكفيل اضاف الصلح الي الالف الدين وهو اي الدين على الاصيل فبرا الاصيل من خمسماية
ومن ضرورته ان برا الكفيل على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الاصيل بالخمسماية التي اوفاها ولا خلاف في
هذا بخلاف ما لو صالح بجنس اخر لانه اي الصلح بجنس اخر مبادلة فيملكه اي الدين فيرجع بجميع الالف
وعند الايمة الثلثة يرجع بالاقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لانه او في هذا القدر
ولا يجعل الصلح بجنسه مبادلة لان الخمسماية لا تجعل عوضا عن الالف لما فيه من الربا ولا يمكن
تمليكها من الكفيل لان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ولا يمكن ان تجعل واجبة في ذمة
الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراة عن خمسماية مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف
الجنس لان وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة الي التمليك وفي خلاف الجنس يحتاج الي التمليك وفي
الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا بل هو اسقاط الخمسماية فكانت البراة عن خمسماية مشروطة للاصيل فيسقط
عنهما ثم يرجع الكفيل على الاصيل بخمسماية اذا كان كفل بامره ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرا
الاصيل لان الواجب بالكفالة المطالبة والبراة منها فبقي حال الطالب على ما كان قبل الكفالة وجعل في
النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لو صالحه على ماية على ابراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل
على الاصيل بماية ورجع الطالب بتسعماية لان ابراء الكفيل فسخ للكفالة **قوله** ومن قال لكفيل ضمن له
مالا ابا من المكفول عنه قد برئت الي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه بجميع الدين لان لفظ الي الانتها
الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهي في هذا التركيب فلا بد ان يكون ثم مبتدا وليس الا
الكفيل المخاطب فافاد التركيب براة من المال مبتداها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين هذا
معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كانه قال دفعت الي فلا يرجع على واحد منهما ويرجع
الكفيل على الاصيل ان كان كفل بامره والحوالة كالكفالة في هذا وهنا ثلاث مسايل احديها هذه
والثانية قال ابراتك من المال ليس اقرارا بالقبض حتى كان للطالب ان ياخذ الاصيل به والثالثة برئت
من المال ولم يقل الي فهذا اقرار بالقبض عند ابي يوسف كقوله برئت الي وعند محمد كقوله ابراتك
اثباتا للادنى وهو براة الكفيل اذ في الزايد عليه شك فلا يثبت وفرق محمد بين هذا وبين ما لو كتب
في الصك بري الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه اقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت الي بالقضية
العرف فان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراة اذا حصلت بالايفاء وان حصلت
بالابراء لا يثبت الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الابراء وابو يوسف يقول
هو مثل برئت الي لانه اقرار ببراة ابتداؤها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب وحاصله اثبات
البراة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت والبراة الكاينة منه خاصة كالايفاء بخلاف البراة بالابراء
فانها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا يكون حينئذ مضافة الي الكفيل وما قاله محمد انما يتم

اذا كان

اذا كان الاحتمالان متساويين واختلف المتاخرون فيما اذا قال المدعى عليه ابراني المدعي من الدعوى
التي يدعي علي منهم من قال هو اقرار بالمال كما لو قال ابراني من هذا المال الذي ادعاه ومنهم من قال لا يكون
اقرارا لان الدعوى تكون بحق وبباطل ولو قال للكفيل انت في حل من المال فهو كقوله ابراتك لان
لفظة الحل تستعمل في البراة كالابراء دون البراة بالقبض كما في شروح الجامع الصغير هذا اذا
كان الطالب غايبا فاما اذا كان حاضرا يرجع اليه في البيان انه قبض او لم يقبض لان الاصل في الاجمال
ان يرجع فيه الي المجمل في البيان والمراد من المجمل ما يحتاج الي التامل ويحتمل المجاز وان كان بعيدا كما يحتمل
قوله برئت الي معنى لا في ابراتك لا حقيقة المجمل يعني يرجع اليه اذا كان حاضرا لازالة الاحتمالات
خصوصا ان كان العرف من ذلك اللفظ مشتركا منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ومنهم
من يقصد الابرا **قوله** ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لي البعض او
دفعت البعض فقد ابراتك من الكفالة اما غير متعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط
السوال القايل يشكل بما اذا قال الكفيل بالمال على اني ان وافيت به غدا فانا بري من المال فوافاه به
بري من المال لان هذا شرط ملايم على انه لا ورود له لان الرضا ان فيه روايتين فهذا الفرع شاهد
احديهما ويروي انه يجوز وهو اوجه لان المنع لمعنى التمليك وذاك يتحقق بالنسبة الي المطلوب اما
الكفيل فالمتحقق عليه المطالبة وكان ابراؤه اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل
بخلاف الاصيل لا يصح تعليقه لان فيه معنى تمليك المال وقوله وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل
لا يصح الكفالة به كنفس الحدود ونفس القصاص اذ لا يقتل الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب [illegible]
قوله وان تكفل عن البايع بالمبيع لم يصح عندنا خلافا للشافعي اعلم ان الاعيان اما مضمونة على
الاصيل او غير مضمونة فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستاجر
في يد المستاجر والمضمونة اما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فانه مضمون بالثمن والرهن فانه
مضمون بالدين فالثلاثة الاول لا يصح الكفالة بها اصلا بناء على انها غير واجبة التسليم فلا يجب
على الكفيل شي وفي الوارد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عليه المنع عند طلب المودع فلا يجب
على الكفيل تسليمها بخلاف العارية فان تسليمها واجب فيصح التكفيل بتسليمها وكذا الباقي من القسمين
يصح بالتسليم ولا يصح الكفالة بها على معنى انه بعينه يجب على الكفيل فان هلك فعليه بدله لان هذا
القدر لا يجب على الاصيل بل لو هلك المبيع انما يسقط الثمن او الرهن سقط من الدين بقدره والباقي
ظاهر فلا يجب على الكفيل وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصح كما ذكرنا ومتى هلك فلا شي على الكفيل
وفايدته حينئذ الزام احضار العين وتسليمها ولو عجز بان مات العبد المبيع او المستاجر او الرهن
انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سوا وما ذكر شمس الايمة السرخسي ان الكفالة بتسليم العارية
باطلة باطل فقد نص في الجامع الصغير ان الكفالة بتسليم العارية صحيحة وكذا في المبسوط ونص [illegible]
انها بتسليم المبيع جايزة ونص في التحفة على جميع ما اوردناه ان الكفالة بالتسليم صحيحة والوجه
عندي ان لا فرق بين الثلاثة الاول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية اذ لا شك
في وجوب الرد عند الطلب فان قال الواجب التخلية بينه وبينها لا ردها اليه فنقول فليكن مثل هذا
الواجب على الكفيل وهو ان يحصلها ويخلي بينه وبينها بعد احضاره اليها ونحن نعني بوجوب الرد ما هو اعم

من هذا او من حمل المردود اليه قال في الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ صحيحة واما مضمونة بنفسها
كالمغصوب والمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشرا فتصح الكفالة بها وتجب على الكفيل ما يجب على الاصيل
وهو دفع العين فان عجز وجبت قيمته او مثله على الكفيل وفي المبسوط ادعى عبدا في يد رجل فلم يقدمه الى
القاضي واخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب واقام المدعي البينة ان العبد عبده
يقضي القاضي بقيمته على المطلوب وان شاء على الكفيل لان البينة ظهر ان العبد كان مغصوبا والكفالة بالعين
المغصوبة توجب على الكفيل اداء القيمة عند تعذر العين كما ان الواجب على الاصيل كذلك والقول
قول الكفيل في قيمته لانكاره الزيادة كالاصيل عن الغاصب فان اقر الغاصب باكثر لزمه الفضل
ولا يصدق على الكفيل وفي المبسوط كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتهن ليس على الكفيل
شي لان عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن امانة في يد المرتهن ولا يضمن الكفيل شيا من ذلك
بالكفالة ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسع مائة والدين الف مثلا ضمن الكفيل
مائة لانه التزم بالكفالة دينا مضمونا في ذمة الاصيل ولو استعار الراهن المرهون من المرتهن على ان
اعطاه كفيلا به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شي لانه لا ضمان للمرتهن على الاصيل بسبب هذا القبض
فلا يضمن الكفيل ايضا ولو كان الراهن اخذه بغير رضى المرتهن جاز ضمان الكفيل واخذ به لان الراهن ضامن مالية
العين هنا الا ترى انه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتهن فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغصوب ولفظ
المستاجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين وقدمنا انه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستاجر
بعد الكفالة بتسليمه لا شي على الكفيل في المبيع والرهن لعدم ما يفيد وجهه وفي المستاجر لان الاجارة
ينفسخ به وخرج الاصيل من ان يكون مطالبا بتسليم العين وانما وجب رد الاجرة والكفيل ما كفل الاجر
قوله ومن استاجر دابة للحمل فان كانت بعينها اي اجره ان تحمل على هذه الدابة لا تصح الكفالة لانه
عاجز عن الفعل الواجب على الاصيل وهو حمله على هذه الدابة لانه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله
عليها وان كانت بغير عينها جازت لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه او دابة يستاجرها والحمل هو المستحق
وهو مقدور للكفيل فصحت كفالته وروي انه من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل
لما بينا من انه عاجز عنه اذ لا يملك العبد اما لو كفل بنفس العبد المستاجر فهو صحيح على ما عرف ولو هلك
لا شي على الكفيل وقال شارح في الفرق بين الحمل على المعين وغير المعين بان الدابة اذا كانت بعينها
فالواجب على الموجر تسليم الدابة لا الحمل فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الاصيل فلا يصح بخلاف
ما اذا كانت غير معينة لان الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى واعترض
الاصحاب بان الواجب ان كان ليس الا تسليم الدابة المعينة بسبب ان تحميله الذي هو فعله غير معقود
عليه انما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك اجارة حمله على دابة الى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم
اي دابة كانت اذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لانه لم يستاجر الرجل نفسه فلا فرق فينبغي ان لا تجوز
الكفالة فيه ايضا لان الحمل ايضا غير واجب على الاصيل بعين ما في التي قبلها والحاصل انه ان كان الحمل
على الدابة تسليمها فينبغي ان تصح الكفالة فيهما لان الكفالة بتسليم المستاجر صحيحة ولم يمنع منه كون المستاجر
ملكا لغير الكفيل وان كان التحميل ينبغي ان لا تصح فيهما لان التحميل غير واجب على الاصيل والحق ان الواجب في
الحمل على الدابة معينة او غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والاذن في تحميلها وهو ما ذكر

في النهاية

في النهاية من التركيب وما ذكرنا من الحمل عليها ففي المعينة لا يقدر على الاذن في تحميلها اذ ليست له ولاية
عليها ليصح اذنه الذي هو معنى الحمل وفي غير المعينة يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه او دابة استاجرها
قوله ولا تصح الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال
ابو يوسف يجوز اذا بلغه الخبر فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ اي نسخ الكفالة الاصل عن ابي يوسف الاجازة
بل انه نافذ ان كان المكفول له غايبا وهو الاظهر عنه والحاصل ان عنه روايتين والخلاف في الكفالة بالنفس
والمال جميعا وجه رواية النفاذ انه التزام فيستبد به الملتزم ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لان
حكمه لا يوجب عليه شيا لانه مختار في المطالبة لا ملزوم فان راي مطالبته طالبه والا لا واختار
المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفضولي في النكاح وهو ان شطر العقد يتوقف حتى اذا عقد فضولي
لامراة على الاخر توقف على الاجازة كما اذا كان عقدا تاما بان خاطب عنه فضولي اخر وعندهما لا
يتوقف الا ان خاطب عنه فضولي اخر فلا يتوقف عندهما الا العقد التام ولما ان فيه معنى التمليك
وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود من الموجب وحده شطر العقد فلا يتوقف على
ما وراء المجلس وهذا يقتضي انه لو تم عقدا بقبول فضولي اخر توقف وقد صرح بذلك عنهما قالوا
اذا قبل عنه قابل توقف بالاجماع وحينئذ فقوله في وضع المسئلة لا تصح الا بقبول المكفول
له في المجلس غير صحيح بل الشرط ان يقبل في المجلس ان كان حاضرا فينعقد او يقبل عنه فضولي ان كان غايبا
فيتوقف الى اجازته او رده وقوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله لا تصح الا بقبول المكفول له
في المجلس فان في هذه المسئلة صحت من غير قبوله في المجلس ولا قبول فضولي عنه وهي ان يقول المريض
المديون لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل عنه به مع غيبة الغرما فانه يصح استحسانا فللغرما
مطالبته وذكر للاستحسان وجهين احدهما ان قوله تكفل عني وصية اي فيه معنى الوصية اذ لو كان
حقيقة الوصية لم يفترق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك وقد ذكر في المبسوط ان ذلك
لا يصح منه في حال الصحة واذا كان بمعنى الوصية فكانه انما قال لهم اقضوا ديوني فقالوا نعم اذ قال
تكفلتها فلذا قال المشايخ انما يتم ذلك اذا كان له مال فان لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بديونه
ولو كان حقيقة الكفالة لاخذوا بها حيث تكفلوا ثانيهما ما ذكر في المبسوط والايضاح ان حق
الغرما ما يتعلق بتركته في مرض موته لا بد منه لضعفها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف
شا واخذ رفراتا ساعن الغرما المكفول لهم غاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته
وفيه نفع للطالب المكفول له كما اذا حضر بنفسه فان قيل غاية الامر ان يكون كالطالب حضر بنفسه
فلا بد من قبوله فان الصادر منه حينئذ قوله تكفل ولو قال تكفل لي بما لي على فلان فقال كفلت
لا يتم الا ان يقول بعد ذلك قبلت ونحوه كالبيع اذا قال بعني بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقول
الاخر قبلت اجاب المصنف بقوله انما لا يشترط القبول بعد قول الوارث تكفلت لانه اي
لان قوله تكفل لا يراد به المساومة وانما احتيج في البيع لذلك لانه يراد به المساومة وهنا
لا يراد به الا التحقيق بدلالة هذه الحالة فان حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده الى تحقيق
الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها فصار الامر هنا بالنكاح فيما لو قال زوجني بنتك
فقال زوجتكها انعقد وان لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا يجري فيه المساومة ولو قال المريض

ذلك لاجنبي فضمن اختلف المشايخ منهم من قال لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان
المريض والصحيح في حق الاجنبي سوا ولو قال ذلك لاجنبي او لوارثه لا يصح الا ان يقبل الطالب ومنهم من
قال يصح من الاجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته بتضيق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو
اوجه وما في المبسوط من قوله وهذا من المريض صحيح وان لم يسم الدين ولا اصحاب الدين فانه انما
يصح بطريق الوصية لورثته بان يقضوا دينه والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبني على غير الوجه الارجح
وهو انها كفالة ولا حاجة الى ذلك بل هي كفالة وجهالة المكفول به وهو الدين لا تضر في الكفالة وقد
فرض ان المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما لهذا الاعتبار قوله واذا
مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا بل مات مفلسا فتكفل رجل للغرما بما عليه لم يصح عند ابي حنيفة
رحمه الله تعالى وقال ابو يوسف ومحمد والائمة الثلثة واكثر اهل العلم يصح لانه كفل بدين ثابت لعموم
قوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم ولما روي انه عليه السلام اتي بجنازة انصاري فقال هل على صاحبكم
دين قالوا نعم درهمان او ديناران فقال صلوا على صاحبكم فقام ابو قتادة وقال هما علي فصلى صلى الله عليه
وسلم عليه فلو لم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعدها الكفالة ولانه كفل بدين ثابت لانه اي الدين
وجب في حيوته لحق الطالب وهو باق ولم يوجد المسقط وهو الاداء والابرا او انفساخ سبب وجوبه
ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ويدل على كونه يطالب به في الاخرة وانه لو تبرع به انسان جاز اخذ الطالب له
ولو سقط بالموت ما حل له اخذه وانه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ولو بطل الدين بطلت الكفالة
لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الاصيل ولابي حنيفة رحمه الله انه كفل بدين ساقط في حكم الدنيا مطلقا
والكفالة من احكام الدنيا لانها توثق لياخذه فيها لا في الاخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين كذلك
ولان الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب والموصوف بالاحكام الافعال وقد عجز عنه بنفسه
وبخلفه وهو الكفيل الكاين قبل سقوطه فسقط في احكام الدنيا ضرورة والمتبرع لا يعتمد قيام الدين
ولو كان يعتمد الاضافة اي التبرع بالدين وهو الحق فانما يعتمد قيامه بالنسبة الى من عليه دون من له
والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والاصيل لانه التزام ما على الاصيل للمكفول له ولو كان به كفيل
لم يعجز بخلفه فلم يسقط الدين بموته بخلاف الكفالة بعد موته فانها كفالة بعدما السقوط ولو كان
له مال فالافضاء الى الاداء باق لم يسقط الدين فصحت كفالة عن الميت الملي واما حديث ابي قتادة
فليس فيه صريح انشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما علي كلا من انشائها والاخبار بها على حد سوا ولا عموم لحكاية
الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ويحتمل الوعد بهما وان كان مرجوحا وامتناعه صلى الله
عليه وسلم من الصلوة عليه ليظهر طريق ايفا بهما لا يتعين طريق الكفالة فلما ظهر بوعدهما او بالاقرار بالكفالة
بهما حصل المقصود فصلى عليه ونوقض اثبات سقوط الدين بمسايل احدها لو مات المشتري مفلسا
قبل ادايه الثمن لا يبطل البيع ولو سقط الثمن بطل ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض
يبطل البيع لهلاك الثمن في نفسه فعلم ان سقوط الدين بالنسبة الى الدنيا لا يبطل الدين ثانيها انه لو كان
بالدين كفيل بقي على حاله اذا مات مفلسا ولو سقط في احكام الدنيا لم يبق الكفالة ثالثها لو كان بالدين
رهن بقي الدين بعد موته مفلسا وبقاء الرهن انما يكون ببقا الدين ولان تعذر المطالبة لمعنى لا يوجب بطلانه
في حال الحيوة كالعبد المحجور اذا اقر بدين تكفل عنه به كفيل صح وان كان لا يطالب به في حال رقه فكذا

حال الموت اجيب عن الاول بان الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز ان ياخذه من المتبرع والكفالة
تعتمد قيام الدين في حق الاصيل كما ذكرنا وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتقدر بقدر
الضرورة وعن الثاني بان كساد الفلوس ثمنا يبطل للملك في حق المشتري ولذلك انتقض العقد وهنا الدين
باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد وعن الثالث بان ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا
تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن واما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتاخر المطالبة لحق المولى
كما ان الدين ثابت في ذمة المفلس الحي وان كان لا يطالب به قوله ومن كفل عن رجل بالف عليه بامره
فقضاه اي قضى الرجل المكفول عنه الكفيل الالف التي كفل بها قبل ان يعطيه اي قبل ان يعطي الكفيل
الالف صاحب المال وذكر ضمير يعطيه على تاويل المال او المكفول به اللازم من قوله كفل عن رجل
وصاحب المال مفعول اول ليعطي والمفعول الثاني هو ضمير المال المقدم في يعطيه فليس له اي
ليس للرجل المكفول عنه ان يرجع فيها وهو وجه للشافعي وفي وجه اخر له ان يرجع وهو قول مالك واحمد
بناء على انه امانة عنده ما لم يقبض الاصيل لكن نبين انه يملكه وان الامانة ما اذا كان دفعه الى الكفيل
على وجه الرسالة الى الطالب ولم يملكه فقد تعلق به حقه وهذا الوجه الاول من الوجهين اللذين ذكرهما
المصنف لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال
الحاقا بالزكوة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال ان يتم الحول والنصاب كامل فلم يجز استرداده
شرعا ما بقي هذا الاحتمال والوجه الثاني انه اي القابض ملكه بالقبض على ما نذكر يريد ما ذكره بعد سطر
في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا
لو قضى المطلوب بنفسه الدين ولم يقبض الكفيل وثبت للمطلوب الاسترداد بما دفع الكفيل وانما حكمنا
بثبوت ملكه اذا قضى الاصيل بنفسه لانه اي الكفيل وجب له بمجرد الكفالة على الاصيل مثل ما وجب للطالب
على الكفيل وهو المطالبة الا اي لكن اخرت مطالبة الكفيل الى ادايه فنزل له الكفيل على الاصيل منزلة
الدين المؤجل ولو عجل المديون الدين المؤجل ملكه الداين بقبضه فكذا هذا ولهذا اي والدليل على ان
للكفيل حق المطالبة متاخرا انه لو ابرا الكفيل الاصيل قبل ادايه اي قبل اداء الكفيل يصح حتى لا يرجع
على الاصيل بعد ذلك اذا ادى وجاز اخذ الكفيل من الاصيل رهنا به قبل ادايه فكذا اذا قبضه يملكه
يعني اذا كان بحيث يصح الابرا منه كان بحيث يملكه اذا قبضه واذا ملكه كان الربح له الا اي لكن اشتمل
منقطع فيه نوع خبث على قول ابي حنيفة نبينه عن قريب فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وهو الالف
التي قضاها اياها لان الدراهم لا تتعين وقد قررناه في البيوع في اخر فصل في احكامه قوله ولو
كانت الكفالة بكر حنطة فدفعه الاصيل الى الكفيل والباقي بحاله فالربح له اي للكفيل لما بينا انه ملكه
اي ملك الكر وانما بينه في ضمن بيان انه ملك المقبوض قال واحب الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا
يجب عليه وهذا عند ابي حنيفة في الجامع الصغير ولا شك ان ضمير قال لابي حنيفة فقوله وهذا
عند ابي حنيفة في رواية الجامع الصغير انما ذكره ليتهيأ لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بقال
قال وقالا هو له لا يرده عليه وهو رواية اخرى عن ابي حنيفة وهي رواية كتاب البيوع من الاصل
وعنه اي عن ابي حنيفة رواية ثالثة انه يتصدق به وهي رواية كتاب الكفالة منه لهما انه ربح في
ملكه على الوجه الذي بيناه في ثبوت ملكه من انه وجب له على الاصيل الى اخره فيسلم له ولابي حنيفة

انه يمكن الخبث مع الملك اما القصور ملكه بسبب ان الاصيل بسبيل من استرداده بان يقضي هو الكفالة
فينتقض ملك الكفيل فيما قبض اولانه انما رضي به اي بملك الكفيل فيه على اعتبار قضا الكفيل فاذا
قضاه بنفسه لم يكن راضيا به. والوجه ان يعطف بالواو فانهما وجهان لا ان الوجه احدهما بل كل منهما
ثابت وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الحيثية وعدم رضى الاصيل بملك الكفيل بما دفعه اليه
الا على ذلك التقدير وهو منتف وهذا الخبث يعمل فيما يتعين وهو الكر لا فيما لا يتعين كالالف فلا
فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية اخرى وهي الاصح لان الخبث لحق الاصيل
لا لحق الشرع فيرده اليه ليصل الى حقه لان الحق له وهذا يفيد انه يطيب له وان كان غنيا لما ذكرنا
من ان الحق له الا انه استحباب لا جبر لان الملك للكفيل. واعلم انه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب
بالحكم فقال اولا احب الي ان يرده ولا يجب في الحكم اي في القضا وثانيا لانه استحباب لا جبر
يعني يجبره الحاكم على ذلك فاذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضي يكون المعنى لا يجبره القاضي
ولكن يفعله هو ولا يلزم من عدم جبر القاضي وعدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى اذ قد عرف ان
المراد بالاستحباب عدم جبر القاضي عليه فجاز ان يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى وهو مستحب
في القضا غير مجبور عليه والعبارة المنقولة عن شيخ الاسلام في وجه قول ابي حنيفة وهو الاستحسان
قال ووجه الاستحسان ان ما قبضه للكفيل مملوك له ملكا فاسدا من وجه فان للاصيل استرداده حال
قيام الكفالة بقضايه بنفسه واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع
الفاسد وانما قلنا حال قيام الكفالة لان الكفالة لا تبطل باداء الاصيل ولكن تنتهي كالمودي الكفيل
بنفسه فكان المقبوض ملكا فاسدا من وجه صحيحا من وجه ولو كان فاسدا من كل وجه بان اشترى مكيلا
او موزونا ملكا فاسدا وربح يجب التصدق بالربح او الرد على المالك لان الخبث كان لحقه فيتوسل بالرد
عليه كالغاصب اذا اجر المغصوب ثم رده فان الاجر له يتصدق به او يرده على المغصوب منه فكذا في
الملك الفاسد من كل وجه ولو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يجب التصدق بالربح ولا رده فاذا فسد
من وجه وصح من وجه يجب التصدق او الرد على الاصيل عملا بالشبهين بقدر الامكان نظرا الى وجوب
رده فيما بينه وبين الله تعالى او التصدق به غير انه ترجح الرد هنا لانه اذا اعطاه على وجه القضا
فلو اعطاه على وجه الرسالة الى الطالب فتصرف وربح صار محمد مع ابي حنيفة في انه لا يطيب له الربح
وطاب له عند ابي يوسف لما عرف فيمن غصب من انسان وربح فيه يتصدق بالفضل في قولهما لانه
استفاده من اصل خبيث ويطيب له في قول ابي يوسف مستندا لحديث الخراج بالضمان **قوله**
ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره اي فامر الكفيل الاصيل ان يتعين عليه حريرا اي ان يشتري له حريرا
بطريق العينة وهو ان يشتري له حريرا بثمن هو اكثر من قيمته ليبيعه باقل من ذلك الثمن لغير البايع
ثم يشتريه البايع من ذلك الغير بالاقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الاقل الى بايعه فيدفع بايعه
الى المشتري المديون فيسلم الثوب للبايع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الاقل وانما وسط الثالث
تحرزا عن شراء ما باع باقل ما باع قبل نقد الثمن واما تفسيره بان يستقرض فيابى المقرض الا ان يبيعه عينا
تساوي عشرة مثلا في السوق باثني عشر فيفعل فيربح البايع درهمين رغبة عن القرض المندوب اليه للبخل
وتحصيل غرضه من الربو بطريق المواضعة في البيع فلا يصح هنا اذ ليس المراد من قوله يتعين عليه حريرا

اذهب فاستقرض فان لم يرض المسئول ان يقرضك فاشتر منه الحرير باكثر من قيمته بل المقصود اذهب
فاشتر على هذا الوجه فاذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والملك له في الحرير والزيادة
التي خسرها عليه لان هذه العبارة حاصلها ضمان لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على كانه امره بالشرا
لنفسه فما خسر فعلي وضمان الخسران باطل لان الضمان لا يكون الا بمضمون والخسران غير مضمون على
احد لو قال بايع في السوق على ان كل خسران يلحقك فعلي وقال المشتري العبان ابق عبدك فعلي لم يصح
وقيل هو توكيل فاسد ومعنى على منصرف الى الثمن فاذا قال الثمن عليه يكون المبيع له فاغنى عن قوله لي فهو
توكيل لكنه فاسد غير معين مقداره ولا ثمنه فلا يصح الوكالة كما لو قال اشتر حنطة ولم يبين مقدارها
ولا ثمنها وضعا ان الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الايفا كان الحاصل اشتر لي حريرا يكون ثمنه
الذي نبيعه به في السوق قدر الدين الذي علينا وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به
بعد شرايه لان الزايد على المقدر الذي يقع به الايفا غير معلوم وكيف ما كان توكيلا فاسدا او ضمانا
باطلا يكون الشرا للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة التي خسرها عليه لانه العاقد ومن صور
العينة ان يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر ويأخذ الخمسة عشر القرض
منه فلم يخرج منه الا عشرة وثبت له خمسة عشر ومنها ان يبيع متاعه بالفين من المستقرض الى اجل
ثم يبعث متوسطا يشتريه لنفسه بالف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البايع الاول بالف ثم يحيل المتوسط
بايعه على البايع الاول بالثمن الذي عليه وهو الف حالة فيدفعها الى المستقرض ويأخذ منه الفين
عند الحلول قالوا وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم اذا تبايعتم بالعين واتبعتم اذناب
البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم والمراد باتباع اذناب البقر الحرث للزراعة لانهم حينئذ يتركون الجهاد
وبالف النفس الجبن وقال ابو يوسف لا يكره هذا البيع لانه فعله كثير من الصحابة وحمدوا ذلك
ولم يعدوه من الربو حتى لو باع كاغدة بالف يجوز ولا يكره. وقال محمد رحمه الله هذا البيع في قلبي
كامثال الجبال ذميم اخترعه اكلة الربو وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اذا تبايعتم
بالعين واتبعتم اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم اي اشتغلتم بالحرث عن الجهاد وفي رواية
سلط عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم وقيل اياك والعينة فانها العينة ثم ذموا البياعات
الكاينة الان اشد من بيع العينة حتى قال مشايخ بلخ منهم محمد بن سلمة ببلخ التجارات ان العينة التي جاء
في الحديث خير من بياعاتكم وهو صحيح فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر
الحال فيها على وزنها مظروفة ثم اسقاط مقدار معين على الظرف وبه يصير البيع فاسدا ولا شك
ان البيع الفاسد بحكم الغصب المحرم فاين هو من بيع العينة وبعضهم فهو مكروه لعود الثوب او الحرير
في الصورة الاولى ولعود العشرة في صورة اقراض الخمسة عشر والا فلا كراهة الا خلاف الاولى لما في
بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيابى المسئول ان يقرض بل ان يبيع ما يساوي عشرة بخمسة عشر
الى اجل فيشتريه المديون ويبيعه في السوق بعشرة حالة ولا باس في هذا فان الاجل قابله قسط
من الثمن والقرض غير واجب عليه دايما بل هو مندوب فان تركه لمجرد رغبة عنه الى زيادة الدنيا
فمكروه او لعارض يعذر به فلا وانما يعرف ذلك في خصوصيات المواد ما لم يرجع اليه العين التي خرج
منه لا يسمى بيع العينة لانه من العين المسترجعة لا العين مطلقا والا فكل بيع بيع العينة **قوله**

ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول عنه فاقام رجل بينة على الكفيل ان له
على المكفول عنه الف درهم لا تقبل القاضي هذه البينة ولا يقضي بها لانه قضاء على غايب لم ينتصب عنه
خصم اذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى
وفي لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو بالقضاء انما كفل عنه بمال مقضي به بعد الكفالة لانه
وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم اطال الله بقاك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا
بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق
عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تقم على من انتصب بكونه كفيلا عن الغا[يب]
بل على اجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى وفي لفظ ذاب لان معنى
ذاب تقرر ووجب وهو بالقضاء بعد الكفالة حتى لو ادعى انى قدمت الغايب الى قاضي كذا واقمت عليه
بينة بكذا بعد الكفالة وقضى عليه بذلك واقام البينة على ذلك صار كفيلا وصحت الدعوى
وقضى على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغايب سواء كانت الكفالة بامره او بغير امره الا
انه اذا كان بغير امره يكون على الكفيل خاصة وقد مر من مسايل الذوب ونحوه عند مسئلة تعليق
الكفالة بالشرط ولو ضمن بما بايعه او داينه او اقرضه فغاب المطلوب فبرهن الطالب على الكفيل انه كفل
به وقد داينه او اقرضه بعده وجحد الكفيل ذلك قضي على الكفيل والغايب بلا اختلاف لان الضمان
مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به الا بعد القضاء على الغايب فينتصب الكفيل خصما عنه فيقع القضاء
عليهما **قوله** ومن اقام البينة صورتها في الجامع وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله اذا كفل عن رجل
بمال مؤجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فاقام عليه بينة ان له على فلان
هذا وان هذا كفل له بامر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغا[يب]
فان كانت الكفالة بغير امر الغايب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل خصما عن الغايب انتهى
يعني فلا يقع القضاء على الاصيل وانما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظ عن ابي حنيفة نصا الا ان في
المسئلة اختلافا وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول به هنا مال مطلق ودعوى
المدعي مطلقة ايضا فصحت فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول
به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كميته ولم يطابقها دعوى
المدعي ولا البينة وانما اختلف القضاء بالامر وعدمه حتى يقع القضاء عليهما في الامر فيرجع الكفيل
ولو حضر الغايب لا يحتاج الى اقامة البينة عليه بالمال لانه قد قضي عليه به وعلى الكفيل وحده
اذا لم يكن امر فلا يرجع لانهما اي الكفالة بالامر وبغير الامر يتغايران لان الكفالة بالامر تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء وبغير الامر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما وهو مجرد التبرع ابتداء
وانتهاء لا تقضي له بالاخر وهو المعاوضة ليثبت له الرجوع ويكون الغايب مقضيا عليه واذا قضي
بها اي بالبينة بالامر ثبت امره اي امر المكفول عنه وامره يتضمن اقرار الاصيل بالمال اذ لا يامر
غيره بقضاء ما عليه الا وهو معترف بان عليه للمقضي له دينا فيصير مقضيا عليه به بخلاف الكفالة
بغير امره فانها لا تمس جانبه اي جانب الاصيل لان صحة الكفالة بلا امر المكفول انما تعتمد قيام الدين في
زعم الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل اذ زعمه لا يلزم غيره ثم في الكفالة بامره يرجع الكفيل بما ادى

على الاثر حيث ثبت الامر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم فلا يظلم غيره والاصيل
ونحن نقول قد صار الكفيل في انكاره الدين على الاصيل مكذبا شرعا بقيام البينة بخلافه فبطل زعمه
فثبت حكم الكفالة بالامر وهذا كمن اشترى عبدا واعترف بانه ملك البايع ثم استحق بالبينة فانه يرجع
على البايع بثمنه وان كان معترفا بان البايع ظلم واستشكل عليه قول محمد فيمن اشترى عبدا وباعه
ورد عليه بعيب بالبينة بعد انكاره العيب فعند محمد لا يرده على بايعه خلافا لابي يوسف فلم يبطل
زعمه بالقضاء بالبينة اجيب بانه انما يرده لان قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضي
والقاضي انما يكذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول
ليس شرطا للرد على الثاني وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على اربعة اوجه فقال اما ان يكون
الكفالة مطلقة نحو ان يقول كفلت بما لك على فلان او مقيدة نحو ان يقول كفلت لك عن فلان بالف
درهم وكل وجه على وجهين اما ان تكون الكفالة بامر المكفول عنه او بغير امره فان كانت مطلقة كا[ن]
على الكفيل قضاء على الاصيل سواء كانت بامره او بغير امره لان الطالب لا يتوصل الى اثبات حقه على
الكفيل الا بعد اثباته على الاصيل لما ذكرنا ان القول قول الكفيل انه ليس للطالب على الاصيل شيء واذا
كان كذلك صار الكفيل خصما عنه وان كان غايبا والمذهب عندنا ان القضاء على الغايب لا يجوز
الا اذا ادعى على الحاضر حقا لا يتوصل اليه الا باثباته على الغايب قال مشايخنا وهذا طريق من اراد
اثبات الدين على الغايب من غير ان يكون بين الكفيل والغايب اتصال وكذا اذا خاف الطالب موت
الشاهد يتواضع مع رجل ويدعي عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم
المدعي البينة على الدين فيقضي به على الكفيل والاصيل ثم يبرئ الكفيل وان كانت مقيدة فان كانت
بامر المكفول عنه كان القضاء على الكفيل قضاء على الاصيل وان كانت بغير امره لا يكون القضاء على
الكفيل قضاء على الاصيل ثم في فصلي المطلقة والمقيدة للكفيل الرجوع على الاصيل ان كانت بامره
وليس له الرجوع ان كانت بغير امره وكذا الحوالة على هذه الوجوه وكذا كل من ادعى حقا لا يثبت على الغ[ايب]
عليه الا بالقضاء على الغايب يكون الحاضر خصما عن الغايب كمن قذف رجلا فادعى المقذوف الحد
فقال القاذف قذفته وهو عبد فاقام المقذوف عليه بينة انه كان عبد الفلان وانه اعتقه قضى
بعتقه على فلان لانه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما
عن فلان سيده الغايب ويثبت القضاء عليه وكذا عبد ماذون عليه دين فقال صاحب الدين انا ضا[من]
لدينك وان اعتقته فاعتقه ثم اقام صاحب الدين بينة ان مولاه اعتقه بعد كفالة الكفيل وان
كان فيه قضاء على الغايب وقضاء للغايب وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق

لقضاء

قوله ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم وقد بينا ان ضمان الدرك هو قبول الثمن
عند استحقاق المبيع وقوله تسليم اي تصديق من الكفيل ان المبيع ملك البايع فلو ادعاه لنفسه
لا يسمع دعواه اذ لو صحت رجع المشتري بالثمن على الكفيل بحكم الكفالة فلا يفيد وايضا فالكفالة
ان كانت مشروطة في البيع بان باع بشرط ان يكفل له فتمام البيع بقبوله اي بقبول الكفيل ثم بالدعوى
يسعى في نقض ما تم به ولهذا تبطل شفعته لو كان الكفيل شفيعا وان لم تكن اي عقد الكفالة مشروطا
فيه فالمراد بها احكام البيع وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب فيه الا بالكفالة تسكينا لقلبه فنزل عقد

الكفالة بمنزلة الاقرار بملك البايع والا كان تعزيرا فلا يصح دعواه اياه اصلا بعد ذلك هذا اذا كفل
فاما اذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاها بعد شهادته ان كان رسم مكتوبا على الصك وفي الصك
ما يفيد الاعتراف بملك البايع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار الجارية في ملكه او بيعا باتا نافذا
ثم كتب شهد بذلك لا تسمع دعواه لها وان لم يفد ذلك مثل ان يكتب في الصك باع فلان بن فلان جميع الدار
واقر بالبيع بحضرتي والشرا ثم كتب شهدت بذلك او كتب جرى ذلك لا تمتنع دعواه فيها فلعله كتب الشهادة
ليحفظه الحادثة ليسعى بعد ذلك في تثبيت البينة وقوله وختم هو امر كان في زمانهم اذا كتب اسمه في
الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع نقش خاتمه كيلا يطرقه التبديل وليس هذا في زماننا

فصل في الضمان

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسايل مسايل الجامع الصغير وذكرت فيه بلفظ الضمان اوردها
مترجمة به كذلك **قوله** ومن باع لرجل ثوبا اللام في لرجل لام الملك اي باع ثوبا لرجل بطريق الوكالة
عنه في بيعه وضمن الوكيل له اي للرجل المالك الثمن او مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لان
الكفالة وهي الضمان التزام المطالبة والمطالبة اليهما اي للوكيل والمضارب فيصير كل منهما ضامنا لنفسه
فيصير مطالبا مطالبا وهذا لان حقوق العقد ترجع اليهما حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه دين بر ولو
حلف ما للوكيل عليه شيء حنث بخلاف الوكيل بالنكاح عن المراة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لانه سفير لا
ترجع اليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضامنا لنفسه ولان المال في يد كل من
الوكيل والمضارب امانة فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار كاشتراط
الضمان على المودع والمستعير وكذلك اي لا يصح الضمان ايضا فيما اذا باع رجلان عبدا مثلا بينهما صفقة
واحدة وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة بان ضمن نصف الثمن مطلقا يصير ضامنا
لنفسه لان كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب احدهما فللاخر ان يشاركه فيه فما يوديه الضامن
للشريك يكون بينه وبين المضمون له فكان له الرجوع بنصفه على الشريك فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار
ما وقع الرجوع فيه ويصير كانه ما ادى الا الباقي فكان للضامن ان يرجع بنصف الباقي ثم وثم الى ان يبقى
شيء او يبقى الجزء الذي لا يتجزى فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة
يودي الى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز لانه في الذمة لا يقبل القسمة لانها افراز ولا يمكن الا
في عين خارجة والدين وصف اعتباري ويرد عليه اختيار الثاني وتقل الاجماع على ان احدهما لو اشترى
بنصيبه من الدين يجوز كما لو انه باع نصيبه من العين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه
فعلى الوجه الذي صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له **قال** في الفوايد الظهيرية بعد ان اورد هذا
ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ما قررناه من بطلان الضمان حيث صح لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين
كون الضمان بنصف شايع او بنصف شريكه وبطل الاول بما ذكر للناظر ان يختار الثاني ويدفع لازمه
الباطل بما ذكرنا الا ان يفرق بين شرايه بحصته وبين ضمانها او نخص البطلان بما اذا اريد ضمان النصف
شايعا وحكم بانه المراد وقوله بخلاف ما اذا باعا صفقتين يعني بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفقتين
باع هذا نصيبه على حدته وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن احدهما للاخر نصيبه او باعا معا
وسميا لكل نصيب ثمنا ثم ضمن احدهما صح الضمان لانه لا شركة بينهما لحكم الشرع بذلك وكذا لو قبل المشتري

في نصيب احدهما فيما اذا باعا معا دون الاخر **و**لو قبل الكلام ثم نقد حصة احدهما مالك قبض نصيبه
على الخصوص ولا يخفى ان هذا في الثاني محمول على ما اذا عاد مع تفصيل الثمن لنقطة البيع عند ابي حنيفة
والا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ما سلف في البيع قال الامام قاضي خان ولو تبرع بعني الشريك
بالاداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لان التبرع لا يتم الا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا
حقه في المشاركة فيصح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لان التبرع اسرع جوازا من الكفالة
الا ترى انه يجوز التبرع ببدل الكتابة ولا يجوز الكفالة به **قوله** ومن ضمن عن اخر خراجه ونوايبه
وقسمته فهو جايز اما الخراج فقد ذكرناه قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جايزان في
الخراج وهو يخالف الزكاة لانها مجرد فعل هو تمليك طايفة من ماله مقدرة لا دين ثابت في الذمة
لان الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلا عن مال اتلفه او قرض اقترضه او مبيع عقد بيعه او منفعة
عقد عليها من بضع امراة وهو المهر او استيجار عين والزكوة ليس كذلك بل ايجاب اخراج مال ابتداء
بدلا عن مال لنفسه فليس بدين حقيقي ولو وجبت في نصاب مستهلك وانما اشبه الدين في بعض الاحكام
على ما قدمناه بخلاف الخراج لانه مال يجب في مقابلة الذب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالاجرة
وقد قيدت الكفالة بما اذا كان خراجا موظفا لا خراج مقاسمة وهو ما يجب فيما يخرج فانه غير واجب
في الذمة **و**اما النوايب فان اريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك للعامة واجرة الحارس
للمحلة الذي يسمى في ديار مصر الخفير والموظف لتجهيز الجيش في حق وفدا الاسارى اذا لم يكن في
بيت المال شيء وغيرهما مما هو بحق فالكفالة به جايزة بالاتفاق لانها واجبة على كل مسلم موسر
بايجاب طاعة ولي الامر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال او لزمه ولا شيء فيه وان اريد
بها ما ليس بحق كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والطباخ وغيرهم
للسلطان في كل يوم او شهر او ثلثة اشهر فانها ظلم فاختلف المشايخ في صحة الكفالة بها فقيل تصح
اذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة اما بحق او بباطل ولهذا قلنا ان من تولى قسمتها بين المسلمين
فعدل فهو ماجور **و**ينبغي ان كل من قال ان الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها هنا ومن قال في المطالبة
يمكن ان يقول بصحتها ويمكن منعها بناء على انها في المطالبة بالدين او بمعناه او مطلقا وممن يميل الى الصحة
الامام البزدوي يريد فخر الاسلام اما اخوه صدر الاسلام فابى صحة الكفالة بها واما القسمة
فقيل هي النوايب بعينها او حصة منها اذا قسمها الامام ولا حاجة الى كون الرواية فيهم بلا هاء لان
القسمة في القران بمعنى القسم قال الله تعالى ونبيهم ان الماء قسمة بينهم اذ لا معنى لضمان حقيقة
القسمة بالمعنى المصدري لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواو اي يكون من عطف العام
على الخاص لكن الرواية باو **و**قيل هي النايبة الموظفة الراتبة والمراد بالنوايب ما هو منها غير راتب
فتغايرا والحكم يعني في القسمين ما بيناه من الصحة في احدهما والخلاف في الاخرى ثم من اصحابنا
من قال الافضل للانسان ان يساوي اهل محلته في اعطاء النايبة **قال** شمس الايمة هذا كان في ذلك
الزمان لانه اعانة على الحاجة والجهاد اما في زماننا فاكثر النوايب تؤخذ ظلما ومن تمكن من
دفع الظلم عن نفسه فهو خير له وان اراد الاعطا فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقير
ليستعين به الفقير عن الظلم وينال المعطي الثواب وقوله والحكم ما بيناه يعني ما ذكره من ان الكفالة فيما

كان بعضه حالا وبعضه موجلا خلاف **قوله** ومن قال لاخر المراد الفرق بين مسئلتين احدهما من اقر بدين
موجل لرجل فاعترف بالدين المعزله وانكر الاجل القول للمعزله ولو اقر بكفالة لرجل بدين موجل
فاعترف المعزله وانكر الكفالة القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث الحق الاول بالثاني
فجعل القول في المسئلتين للمعزله ولابي يوسف على رواية ابراهيم بن رستم حيث الحق الثاني بالاول فجعل القول
فيهما للمعزله وما وقع في اكثر نسخ الهداية من عكس ذلك وهو ان الشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف
قيل سهو من الكاتب وجه قول الشافعي ان الدين نوعان حال وموجل فاعترافه بالموجل اعتراف بنوع كالاعتراف
بحنطة ردية او جيدة فلا يلزمه النوع الاخر فالقول للمعزله كالكفيل وجه ابي يوسف انهما تصادقا على وجوب المال
ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق الا بحجة كما في الاول وصار الاجل كالخيار فيما لو اقر
بالكفالة على انه بالخيار وانكر الطالب القول للطالب في انكاره الخيار وجه المذهب ان المقر بالدين اقر بما هو
سبب المطالبة في الحال اذ الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض او اتلاف او بيع ونحوه
والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل
عارض فكان الدين الموجل معروضا لعارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تاخيرها والاخر ينكره وفي الكفالة
ما اقر بالدين على ما هو الاصح بل بحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك
فالقول له وهذا لان التزام المطالبة بنوع الى التزامها في الحال او في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك
فانه اقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الاخر بخلاف الكفالة على انه بالخيار فانها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت
منزلة العدم وهذا المخلص ممن ادعى مالا وهو موجل في الواقع وخاف ان اعترف به موجلا لا يصدق
وان انكر يكون كاذبا او خاف ان اعترف به كذلك لا يصدق في الاجل فالحيلة ان يقول للمدعي هذا المال الذي
تدعيه موجل ام معجل فان قال موجل حصل المقصود وان قال معجل فينكر وهو صادق وفي العيون
من عليه دين موجل اذا احلف ماله اليوم قبله شي ارجو ان لا يكون به باس ان كان لا يقصد به اتوا حقه
قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل وفاعل ياخذ ضمير من
والكفيل مفعول يعني لم يطالبه حتى يقضي له بالثمن على البايع لان بمجرد الاستحقاق او القضا به وبالمبيع
لا ينتقض البيع اي لا ينفسخ على ظاهر الرواية واحترز بظاهر الرواية عن رواية الامالي عن ابي يوسف
انه ياخذ الكفيل قبل ان يقضي على البايع بالثمن لان الضمان يتوجه على البايع ووجب للمشتري مطالبته
فكذلك على الكفيل وجه الظاهر ما ذكر من ان بمجرد الاستحقاق لا ينفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن
على البايع وهو على ملكه ولا يعود الى ملك المشتري حتى لو كان الثمن عبدا فاعتقه البايع بعد القضا
بالاستحقاق نفذ عتقه وكذا لو كان المشتري باعها من عمرو فاستحقت من يده الثاني ليس للمشتري الاول
ان يرجع على بايعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد واذا لم يجب الثمن على
الاصيل لا يجب على الكفيل بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لان البيع لا يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون
استحقاقا مبطلا للملك راسا وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فمحليته للملك باقية واحتمال الاجازة
من المستحق البيع القايم ثابت فما بقي هذا الاحتمال يبقى الملك بخلاف ما اذا قضى على البايع برد الثمن لارتفاعه
حينئذ وصحح في فصول الاستروشني ان للمستحق ان يجيز بعد قضا القاضي وبعد قبضه قبل ان يرجع المشتري
على بايعه بالثمن والرجوع بالقضا يكون فسخا ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المراة الحرمة

الغليظه ودعوى الوقف في الارض المشتراة او انها كانت مسجدا ويشارك الاستحقاق الناقل في
ان كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن يملك ذلك الشي من جهته مستحقا عليهم حتى لو اقام واحد منهم
البينة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بينته ويختلفان في ان كل واحد من الباعة في الناقل لا يرجع
على بايعه ما لم يرجع عليه ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه وفي المبطل يثبت لكل
منهم الرجوع على بايعه وان لم يرجع عليه ويرجع على الكفيل وان لم يقض على المكفول عنه واستيفاؤه
من مسايل الاستحقاق جملة وقوله وموضعه اي الاستحقاق اوايل الزيادات في ترتيب الاصل يريد ترتيب
محمد فانه بدا بباب الماذون واحترز بالاصل عنه ترتيبهما الكاين الان فانه ترتيب ابي عبد الله الزعفراني
تلميذ محمد بن الحسن فانه غير ترتيب محمد الى ما هي عليه الان وانما سماه محمد بالزيادات لان اصول ابوابه
من امالي ابي يوسف فكان محمد يحصل ذلك الباب من كلام ابي يوسف اصلا ثم يزيد عليه تفريعا تتميما له
قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة المراد فانها
تقال للصك القديم وهو ملك البايع فلا يصح ضمانه وقال الشيخ ابو بكر الرازي هو كتاب الشرا وهو
ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وفي بلادنا يقال الخاص منه وهو مكتوب شرا الجواري
ويقال لنفس العقد لان العهدة من العهد كالعقدة من العقد والعهد والعقد واحد ويقال على حقوق
العقد لانها ثمراته وعلى خيار الشرط وهي في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي خيار الشرط فيه وكل ذلك
وجه قد بيناه واذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان بخلاف ضمان الدرك فانه استعمل
في ضمان الاستحقاق عرفا فلا تعذر وذكر بعض المشايخ ان عند ابي حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك
ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه وعندهما
هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع ان قدر عليه او تسليم قيمته وذكر الصدر الشهيد في ادب القاضي
للخصاف ان تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند ابي يوسف ومحمد يعني فيكون صحيحا
لانه ضمان الدرك عندهما تصحيحا للكلام فيتمنا الالفاظ ثلثة ضمان الدرك جايز بالاتفاق
وضمان العهدة لا يجوز باتفاق في ظاهر الرواية وضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية وقد
ذكر ابو زيد في شروطه ان ابا حنيفة وابا يوسف كانا يكتبان في الشروط فما ادرك فلان فعلى فلان
خلاصه او رد الثمن وان لم يذكر رد الثمن يفسد لانه يبقى الضمان بتخليص المبيع وعلم من هذا ان الخلاف
فيما اذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا اما اذا قال خلاص المبيع او رد الثمن او اراد ذلك واتفقا على
ارادته فيجوز بالاجماع

باب كفالة الرجلين

لما نزل هذا مما قبله منزلة
المركب من المفرد ذكره عقيبه **قوله** واذا كان الدين على اثنين بان اشتريا معا عبدا بالف او
اقترضا معا وكفل كل منهما عنه صاحبه فما اداه احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يوديه
على النصف فيرجع بالزايد لو جهين احدهما ان كلا منهما في النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة
بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة لقوة الاول وضعف الثاني لان الاول دين عليه
والثاني مطالبة بلا دين ثم هو تابع فوجب صرف المودي عن الاقوى تقديما له على الاضعف على ما
هو مقتضى العقل والعادة لا يقال هذا يقتضي ان على قول من يجعل الدين على الكفيل مع المطالبة
يكون المؤدي منهما كما هو قول طايفة من مشايخنا ونقله ابن قدامة عن الايمة الثلثة لهذا الا انا

يصرفه بنيته او بلفظه الى احدهما لانا نقول الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا فان الدين الثابت
عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكاين عليه بطريق الاصالة الا ترى ان المريض اذا اشترى في مرض موته
كان من جميع المال ولو كفل كان من الثلث وايضا لو اشترى المريض وعليه دين جاز ولو كفل وعليه دين لا
يجوز واما كونه يصرف بنيته فقلنا التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد حتى لو كان
نصف الدين بقرض مثلا ونصفه ببيع وعين صح اذ في الجنسين يعتبر تعيينه لانه حينئذ مفيد
فيهما ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه للكفالة كان له ان يرجع عليه به فلصاحبه ان يرجع بعين
ما رجع به المودي لان اداء نائبه يعني كفيله بامره كادائه بنفسه يرجع فكذا نائبه لكن اذا جعله
كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما رجع به صاحبه والا لم يكن له ان يرجع الا بنصف ما
رجع به صاحبه بيانه ادى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه في احدى المائتين اصيل فاذا رجع به على
صاحبه لم يقدر صاحبه ان يرجع بكلتيهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المودي حقيقة
والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو اداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ما عليها اصالة وخمسون
الى ما عليه كفالة وانما يرجع بما عن الكفالة فيودي الى الدور وما يودي اليه ممتنع فيمتنع رجوعه
فلم يقع عن صاحبه في الا تغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع وقد علمت انه
امتنع للدور واعلم ان ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشيء على ما يتوقف عليه ورجوع المودي
ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للاخر ان يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل ان شاء اعطاه
ما اخذ منه فاذا رجع الاخر استعاده او اعطاه غيره وكذا الاول فاللازم في الحقيقة التسلسل في الرجوع
بينهما فيمتنع الرجوع المودي اليه والحق ان هذا الوجه باطل لان رجوع المودي عنه لا يمكن ان يسوغ
شرعا اعتبار المودي عنه انه ادى بنفسه واحتسبه عن المودي لانه اعتبار باطل يودي الى ان المودي
عنه يرجع على المودي عنه بمثل ما ادى الى الطالب وهذا نقيض ما يقطع به من الشرع ان المودي هو
الذي يرجع على المودي عنه بمثل ما ادى وكيف يكون اداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك
الغير بمثل آخر هذا مجازفة عظيمة **قوله** واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على شريكه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون
الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة من غير نظر الى انها مع الدين
او لا فتجتمع الكفالتان وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل لانه التزام ما على الكفيل
من المطالبة بما كفل به كما تصح عن الاصيل بالتزام المطالبة بما عليه وكما تصح الحوالة من المحال عليه
للمحال بما احيل به عليه على آخر واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة بما
عن نفسه وما عن الكفيل الاخر فلا ترجيح للبعض على البعض ليقع النصف الاول عن نفسه خاصة بخلاف
ما تقدم واذا لم يترجح ما عليه من جهة الديون وما عليه من جهة الكفيل الاخر فيرجع على شريكه بنصف
جميع ما ادى ولا يودي الى الدور لان قضية هذا الاستواء الاستواء في العلة وهي الكفالة وقد
حصل رجوع احدهما وهو المودي بنصف ما ادى فنقضه برجوع غير المودي بلا موجب بخلاف
ما تقدم لا استواء فيه في العلة فان احدهما علته اقوى من الاخر فلم يستويا فلم يستو موجبهما فلذا
لا يرجع الا بما زاد على النصف وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الاولى ولو كان الوجه

الثاني صحيحا لم يقع فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المودي عنه اعتبار نفسه ادى ما اداه عنه المودي
واحتسابه به عن المودي وهذا ممكن هنا بعينه بان يقول هذا الذي يرجع علي به بسبب انك اديته
عني كادائي بنفسي فكاني انا الذي اديته واحتسبته عنك فانا ارجع عليك به ولا شك في بطلان هذا
فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول ثم يرجعان يعني الكفيلين الكافلين
على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع الكفيل المودي بالجميع على المكفول
عنه لانه كفل عنه بجميع المال بامره ثم اداه ولو ابرا رب المال احدهما اخذ الاخر بالجميع لان براءة
الكفيل لا توجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر كفيل عنه بكله **قوله** واذا افترق
المتفاوضان فلاصحاب الديون ان ياخذوا ايهما شاؤا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في كتاب الشركة من ان شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الاخر وكفالة كل عن
الاخر الا ما استثني ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يودي اكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين
المديونين بدين واحد والله الموفق **قوله** واذا كوتب العبدان كتابة واحدة بان قال مثلا كاتبتكما
على الف الى عام وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما يرجع بنصفه على صاحبه ووجهه
ان هذا العقد وهو عقد الكفالة جائز استحسانا خلافا للائمة الثلثة كما لو كانت الكتابة كتابة
واحد فقط ولانه كفالة ببدل الكتابة وهي باطل وايضا مشروط فيه كفالة المكاتب وهو باطل والكتابة
تبطل بالشروط الفاسدة ووجه الاستحسان انه يمكن ان يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه وهو ان يجعل
المال على احدهما وعتق الاخر معلقا بادائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كان
المال كله عليه وعتق الاخر معلقا بادائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا الكفالة وفي الحقيقة
المال مقابل بهما منقسم عليهما بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل منهما معلق بمال عليه على حدة
فتعذر تصحيحه وفيما وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المعتبرة حتى ان ما اداه احدهما يرجع
على صاحبه بنصفه لاستوائهما ولو لم يوديا شيئا حتى ان المولى اعتق احدهما جاز لمصادفته ملكه وبرئ
عن النصف لانه ما رضي بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى عتقه ولم يبق وسيلة لحصول عتقه
بطريق آخر فيسقط ويبقى النصف على الاخر لان المال في الحقيقة مقابل بهما وانما جعل على كل
منهما احتيالا لتصحيح الضمان والحامل عليه تشوف الشارع الى العتق واذا جاء العتق استغني عنه فاعتبر
مقابلا برقبتهما فوجب ان ينتصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة
وصاحبه بالاصالة واورد عليه انه يستلزم كون الرقيق ضامنا لبدل الكتابة وهو لا يجوز واجيب
بان هذا في حالة البقاء لا في الابتداء كما لو مات شهود النكاح فان اخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما
ادى وان اخذ الاخر به لم يرجع على الذي عتق بشيء لانه ربما ادى عن نفسه والله الموفق

باب كفالة العبد وعنه

اخر ما يتعلق به لتاخره بالرق **قوله** ومن ضمن عن عبد مالا موصوفا بكونه لا يجب على العبد حتى يعتق
بان اقر باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او باعه وهو محجور فانه لا يجب عليه الا بعد عتقه
وكذا اذا اودع شيئا فاستهلكه او وطئ امراة بشبهة بغير اذن المولى بخلاف ما لو كان استهلاكه لمال
معاينا معلوما فانه يوخذ به في الحال فاذا كفل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه الا بعد الحرية

من غير ان يشترط في الكفالة تاجيلا وهذا هو المراد بقوله لم يذكر حلولا ولا غيره لزم الكفيل حالا لان
المال حال على العبد لوجود السبب وقبول الذمة وعدم الاجل وكيف والعتق لا يصلح اجلا لجهالة وقت
وقت وقوعه وقد لا يقع اصلا وانما لا يطالب به لعسرته اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه
به اي بتعلق الدين بملكه والكفيل غير معسر فالمانع الذي يتحقق في الاصيل منتف في الكفيل مع وجود
المقتضي وهو الكفالة المطلقة بمال غير موجل فيطالب به في الحال فصار كما لو كفل عن مفلس او غايب يلزمه
في الحال مع ان الاصيل لا يلزمه وهذا حسن في حلول هذه الكفالة بخلاف وجه تاخير الدين الى العتق
وهو العسرة وعدم رضي المولى فانه لو تم لزم تاخير دين الاستهلاك المعاين لعسرته وعدم رضي المولى
بل الوجه عدم نفاذ تصرف غير المولى في حقه بما يضره اعني تصرف المقرض والبايع للعبد ولم يرض
بايداع المودع عند عبده ولا بتمكين المراة وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى اذا كان يكذبه بخلاف
الاستهلاك المعاين فانه ليس فيه احدهما فينفذ في حقه دفعا للضرر ولم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين
في الحال فيوخذ من كسبه ان كان له كسب والا تباع رقبته فيه الا ان يفديه المولى هذا هو المرجح في قول
محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق بخلاف الدين الموجل لانه متاخر بموخر صحيح ولو
كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي ان يرجع قبل العتق اذا ادى لانه دين غير موخر الى العتق فيطالب
السيد بتسليم رقبته او القضاء عنه وبحث اهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة
من العبد او السيد وقوي عندي كون المعتبر امر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه **قوله** ومن
ادعى على عبد مالا او كفل رجل بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الاصيل وهو ظاهر لا فرق في ذلك
بين كون المكفول به حرا او عبدا او عبدا وانما فرضا في العبد ليبني عليها مسئلة دعوى الرقبة وهي قوله فلو
ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة ان العبد كان له ضمن الكفيل قيمته لان
على المولى رد رقبة العبد على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت القيمة واجبة على
الاصيل فكذا على الكفيل فهو كما لو كفل بالمغصوب حيث يوجب رد عينه فان عجز فقيمته فحاصله انه كفل
بمال هو رقبة العبد والمكفول عنه المولى بخلاف ما لو كفل بالمال الذي على العبد فمات يجب ضمانه والمكفول
عنه هو العبد وكذا عن الحر فمات الحر مفلسا لا يبرا الكفيل في قولهم جميعا بخلاف من كفل عن المفلس بعد
موته على ما تقدم من الخلاف فيه **قوله** واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فادى او كان المولى كفل
عن عبده وادى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الاخر بشيء ونقل عن زفر في شروح الجامع انه
يرجع قال المصنف ومعنى الوجه الاول يعني ضمان العبد عن سيده ان لا يكون على العبد دين حتى يصح
كفالته عن سيده وهذا لان الاصل ان كفالة العبد لا تصح مطلقا لان الكفالة انما تصح ممن يصح منه
التبرع على ما قدمناه اول الباب فلهذا لا يصح من الصبي غير الماذون بغير اذن الا ان امر السيد له بها فك للحجر
فيصح حتى تباع رقبته في دين الكفالة اذا كفل لغير السيد باذن السيد فاذا كان على العبد دين لا يملك
السيد ماليته لتعلق الغرما بها فلا يعمل امره اياه بالكفالة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين فان لمولاه الحق
في ماليته فيعمل اذنه له في ان يكفل عنه وفي بعض نسخ الهداية ومعنى المسئلة ان يكون عليه دين وليست
صحيحة لما بينا اما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سوا كان على العبد دين او لا فان قيل دين
العبد الذي يظهر في حق المولى يقضي من ماليته وهي ملك المولى فاي فايدة في هذه الكفالة **اجيب**

بان الفايدة

بان الفايدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين ولا معه ليقضي من جميع امواله بخلاف ما اذا لم يكفل فانه
لا يلزمه عينا الا ان يسلمه ليباع وقد لا يفي ثمنه بالدين فلا يصل الغرما الى تمام الدين وبالكفالة يصلون
لزفر رحمه الله انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو كونه عبده ولا يستوجب واحد
من السيد والعبد دينا على الاخر قد زال بالعتق فان الادا منهما بعده فيجب الرجوع ولنا انها وقعت
من كل منهما غير موجبة للرجوع بما قلت ان واحدا منهما لا يستوجب دينا على الاخر فلا تنقلب موجبة
ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجاز فادى الكفيل لا يرجع لان معنى الامر وان تحقق في حالة
البقا لم يوجب حكم الابتدا وهو الرجوع لان الاصل ان ما يقع لازما لا يكون لبقايه حكم الابتدا وهذه
الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من ان واحدا من السيد والعبد لا يستوجب
على الاخر دينا الا ان يكون العبد عبدا مديونا فحينئذ تثبت له الدين على السيد واذا وقعت غير موجبة فلو
انقلبت موجبة كان في حال البقا ولبقايها حكم الابتدا لانها تقع لازمة وقد طولب بالفرق بين هذه
وبين الراهن اذا اعتق العبد الرهن وهو معسر فان العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم يرجع
هنا **اجيب** بان استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لانه
اذ ذاك حر فجاز ان يرجع على المولى اما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبدا فيه **قوله**
ولا تجوز الكفالة ببدل الكتابة حر تكفل به او عبد وكذا لا تجوز بمال اخر للسيد على المكاتب لانه اي عقد
الكتابة ثبت مع المنافي وهو عبديته للسيد المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم وذلك يقتضي نفي الدين
للسيد على عبده فانما ثبت على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع اليه فيقتصر عليه فلا
يظهر في حق صحة الكفالة ولان المكاتب لو عجز نفسه سقط هذا الدين ولا يمكن اثباته اي اثبات هذا الدين
على هذا الوجه على الكفيل وهو كونه اذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه واثباته مطلقا في ذمة الكفيل
عن هذا الوصف ينافي معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولو اثبتناه على الاطلاق على الكفيل وعلى هذا
يمكنه من اسقاطه على الاصيل لم يتحد الدين عليهما وبدل السعاية كالكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله
لانه كالمكاتب عنده للعلة الاولى لان له احكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ولا يتزوج اكثر من ثنتين
وتنصيف حده وفيها دون العلة الثانية اذ لا يقدر على ان يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه وعندهما
تصح الكفالة به لانه حر مديون عندهما واما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة
فجايز واما العبد التاجر اذا ادان مولاه دينا فان لم يكن على العبد دين واخذ منه كفيلا به فالكفالة
باطلة لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا وان كان عليه دين صحت الكفالة لان كسبه حق الغرما لا
السيد فكان الدين واجبا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة والكفالة بالنفس مثل ذلك ان لم يكن على
العبد دين لا تصح وان كان صحت

كتاب الحوالة

الحوالة تناسب الكفالة لان
كلا منهما عقد التزام ما على الاصيل للتوثق الا ان الحوالة تتضمن براءة الاصيل براءة مقيدة على ما نستعلم
بخلاف الكفالة لا تتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد والمفرد مقدم فاخر الحوالة عنها وايضا اثر الكفالة
اقرب الى الاصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت واثر الحوالة بعد منه والحوالة اسم من الاحالة ومنه يقال
احلت زيدا بماله على عمرو فاحتال اي قبل فانا محيل وزيد محال ويقال محتال والمال محال به والرجل
محال عليه ويقال محتال عليه فتقدير الاصل في محتال الواقع فاعلا محتول بكسر الواو وفي الواقع مفعولا

محوول بالشيء كما يقدر في مختار الفاعل مختير بكسر الياء وفيها في مختار المفعول واما صلة له مع
المحتال الفاعل فلا حاجة اليها بل الصلة مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتال ومحتال عليه فالفرق بينهما
بعدم الصلة وبصلة عليه وفي المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ومنه التحويل وهو نقل
الشيء من محل الى محل ويقال للمحتال حويل ايضا فالمحيل هو المديون والمحال والمحتال رب الدين والمحال
عليه والمحتال عليه هو الذي التزم ذلك الدين للمحتال والمحال به نفس الدين وهي في الشرع نقل المطالبة
من ذمة المديون الى ذمة الملتزم بخلاف الكفالة فانها ضم في المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق
وانما اختلف المشايخ في ان الدين ايضا ينتقل اولا وسنذكره من قريب فلو اريد التعريف على قول القائلين
بخصوصهم قيل نقل الدين او قول النافين قيل نقل المطالبة فقط **قوله** وهي جايزة بالديون
قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه ابو هريرة مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع متفق
عليه واما بلفظ احيل مع لفظة يتبع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن ابي هريرة في الوسط
قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغني ظلم ومن احيل على ملي فليتبع رواه احمد وابن ابي شيبة
ومن احيل على ملي فليحتل قيل وقد يروى فاذا احيل بالفاء فيفيد ان الامر باتباع الملاء على معنى انه
اذا كان مطل الغني ظلما فاذا احيل على ملي فليتبع لانه لا يقع في الظلم والله اعلم ثم اكثر اهل العلم على ان
الامر المذكور امر استحباب وعن احمد للوجوب والحق الظاهر انه امر اباحة هو دليل جواز نقل الدين
شرعا او المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد في الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة
والمضاررة فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم
واما من علم منه الملاء وحسن القضاء فلا شك في ان اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون
والتيسير عليه ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين
المعنيين مجازين بلفظ الامر في اطلاق واحد فان جعل للاقرب اضمر معه القيد والا فهو دليل
الجواز للاجماع على جوازها دفعا للحاجة وانما خصت بالدين لان النقل الذي تضمنته نقل شرعي
وهو لا يتصور في الاعيان بل المتصور فيها النقل الحسي فكانت نقل الوصف الشرعي وهو الدين **قوله**
وتصح برضى المحيل والمحتال والمحال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو اي الدين هو الذي ينتقل
بها اي بالحوالة والذمم متفاوتة في حسن القضاء والمطل فلا بد من رضاه والا لزمه الضرر بالزام
اتباع من لا يوفيه واما المحال عليه فلانه الذي يلزمه الدين ولا لزوم الا بالتزامه ولو كان مديونا
للمحيل لان الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ميسر وضعيف معسر واما المحيل فالحوالة
تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو اي
المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال واجلا بعدم الرجوع عليه لانه
لا يرجع الا بامره وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير امره واول في الاصح المذكور في القدوري
بما اذا كان للمحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة فان قبول الحوالة حينئذ من المحتال
عليه يكون اسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه اعني نفس المحتال عليه ولا يصح الا برضاه وكذا في الخانية
واشتراط رضى المحيل قول الايمة الثلثة قالوا لان للمحيل ايفاء ما عليه من اي جهة شاء فلا يتعين
عليه بعض الجهات قهرا ونقل ابن قدامة ان رضى المحيل لا خلاف فيه ليس يصح وصورته ان يقول

رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان الف فاحتل بها على فرضي الطالب واجاز صحت الحوالة حتى
لا يكون له ان يرجع بعد ذلك وسنبين الحق فيه عندنا هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المحتال في قول
ابي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل الحوالة للغايب فتتوقف على اجازته اذا بلغه كذا
لا يشترط حضرة المحال عليه حتى لو احال على غايب فبلغه فاجاز صحت **قوله** واذا تمت الحوالة
بالقبول بري المحيل من الدين هذا قول طايفة من المشايخ وهو الصحيح من المذهب وقول طايفة اخر
لا يبرا الا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرا من المطالبة ايضا
فالنظر في خلاف المشايخ اولا حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر فالقايلون ان المذهب لا يبرا
عن الدين استدلوا بمسايل ذكرها محمد تقتضي ذلك فمنها ان المحتال اذا ابرا المحتال عليه يصح ولا يرتد
برده كابراء الكفيل ولو انتقل اصل الدين الى ذمة المحتال عليه وجب ان يرتد برده كما لو ابرا المحتال
المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التمليك ومنها ان المحيل اذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يجبر
على القبول فلو انتقل اصل الدين بالحوالة كان متبرعا بمال للمحتال فلا يجبر على قبوله لغيره ومنها
ان المحتال اذا وكل المحيل بقبض الحوالة من المحتال عليه لا يصح ولو انتقل الدين صار المحيل اجنبيا عنه
وتوكيل الاجنبي بقبض الدين صحيح ومنها ان المحتال اذا ابرا المحتال عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك
على المحيل ولو كانت الحوالة بامر المحيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على المحيل كما في الكفيل الا ان لم
يكن للمحيل عليه دين والا التقيا قصاصا ولو كان الدين يتحول الى ذمته كان الابراء والهبة في
حقه سوا فلا يرجع والقايلون المذهب ينتقل الدين استدلوا بان المحتال اذا وهب الدين من المحيل
او ابراه من الدين بعد الحوالة لا يصح ابراؤه وهبته ولو بقي الدين في ذمته صح وجعل شيخ الاسلام
هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف ينتقل الدين والمطالبة وعنده تنتقل المطالبة
لا الدين قال وفايدة هذا الخلاف تظهر في مسئلتين احديهما ان الراهن اذا احال المرتهن فله
ان يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه عنه وعند محمد لا يسترد كما لو اجل الدين بعد الرهن
والثانية اذا ابرا الطالب المحيل بعد الحوالة لا يصح عند ابي يوسف لانه بري بالحوالة وعند محمد
يصح ويبري المحيل لان اصل الدين باق في ذمته وانما حولت المطالبة ليس غير وقد انكر هذا الخلاف
بينهما بعض المحققين وقال لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين بل ذكر احكاما متشابهة
واعتبر الحوالة في بعضها تاجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين واعتبرها في بعض الاحكام ابراء
وجعل المحول بها المطالبة والدين وانما فعل ذلك هكذا لان اعتبار حقيقة اللفظ توجب نقل
المطالبة والدين اذ الحوالة منبئة عن النقل وقد اضيف الى الدين واعتبار المعنى يوجب تحويل
المطالبة لان الحوالة تاجيل معنى الا يرى انه اذا مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل
وهذا هو معنى التاجيل فاعتبر المعنى في بعض الاحكام واعتبر الحقيقة في بعضها لعدم تحاج الى بيان
كمية خصوص الاعتبار في كل مكان ويجب المصنف عن بعضها في خلافية زفر فهذه اذا عرف المذهب
حينئذ جينا الى الخلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع ان كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها الدين
ولا المطالبة بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ولان عدم الاشتغال ادخل في معنى التوثق اذ يصير له
مكنة ان يطالب كلا منهما فكذا هذا ولنا ان الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس فوجب نقل

الدين والدين اذا انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما الكفالة فللضم لغة لانها من الكفيل وهو الضم فوجب
فيها اعتبار ضم الذمة الى الذمة لان الاحكام بمعنى العقود الشرعية المسماة باسما يعتبر فيها معاني
تلك الاسما وهو فايدة اختصاصها باسمايها **قوله** عقد توثق والتوثق ان يطالب كلا منهما قلنا بل التوثق
لم يحصر في ذلك بل يصدق باختيار الاملى والايسر في القضا فيكتفي به في تحقيق معنى التوثق في مسمى
لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق وهذا الدليل ينهض على زفر فانه كان بقا الدين
والمطالبة على الاصيل اما الطايفة من المشايخ القايلون بنقل المطالبة دون الدين فلا فانه ان قال
الحوالة ينبي عن النقل فيعتبر فيها ذلك قالوا سلمنا واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقق معنى النقل غير
متوقف على نقل الدين كما قلت لزفر في تحقيق التوثق يحصل باختيار الاملى الى اخره غير متوقف على كل
ما يحصل به التوثق **وقوله** وانما يجبر الى اخره جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من ادلة القايلين
من المشايخ بعدم نقل الدين وهو ان المحيل اذا نقد المحتال الدين المحال به قبل نقد المحال عليه اجبر المحتال
على القبول فلو لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لانه حينئذ متبرع بشي من ماله فلا يجبر على قبوله اجاب
بانه لا يلزم على تقدير النقل ان يكون متبرعا محضا وانما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المنتقل اليه بعينه
ممكنا محوفا يتوقع فاما ان كان فلا لانه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها
فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطايفة وقد نقض من قبل زفر
بوجود الحوالة ولا نقل اصلا بما اذا وقعت بغير اذن المحيل واجيب بان معنى النقل يتحقق فيه بعد اداء
المحتال عليه حتى لا يبقى اذ ذاك على المحيل شي الا انه قد يقال لو صح هذا لصح ان يقال الكفالة بغير امر
المكفول عنه فيها نقل الدين ايضا بهذا الوجه لانه اذا ادى الكفيل عنه لا يبقى على المكفول عنه شي والحق
ان اصل الجواب ساقط فان انتفاء الدين عن المحيل باداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاؤه من الوجود
بالكلية وليس هذا نقله بل نقله تحوله من محل الى محل هو ذمة المحال عليه وعندي ان الجواب هو ان الحوالة
بغير اذن المحيل ليست حوالة من كل وجه لان حقيقة الحوالة ان فعل المحيل الاحالة او الحاصل من فعله
فهو منتف لانتفاء الفعل منه والنقل انما هو في حقيقتها ولهذا اجاز المالكية هذا المعنى واخرجوه
من الحوالة وسموه حمالة وحكمها شطر حكم الحوالة وهو اللزوم على المتحمل دون الشطر الاخر وهو انتقال
الدين عن المديون فلم تكن حوالة والا استعقبت تمام حكمها وهذا ما وعدناه **قوله** ولم يرجع
المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رحمه الله لا يرجع وان توى بموت او افلاس او غيره
وهو قول احمد والليث وابي عبيد وعن احمد اذا كان المحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله
الرجوع الا ان يرضى بعد العلم وهو قول مالك لان الافلاس عيب في المحال عليه فله ان يرجع بسببه
كالمبيع ولان المحيل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به وللشافعي ان البراءة الحاصلة بالانتقال حصلت مطلقة
فلا تعود الا بسبب جديد ولا سبب فلا عود ويؤيده ما روي عن ابن المسيب انه كان له على علي رضي الله عنه
دين فاحاله به على آخر فمات المحال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له ابعدك الله فمنع رجوعه
ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة معنى بشرط السلامة وان كانت مطلقة وهذا القيد ثبت
بدلالة الحال وهو ان المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لان الذمم باعتبار هذا
القدر متساوية وانما تتفاوت في احسان القضا وعدمه فالمقصود التوصل الى الاستيفاء من المحل

الثاني على الوجه الاحسن والا لم ينتقل عن الاول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد
الاول فاذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الاصيل وصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين
لان البراءة ما ثبتت مطلقة بل بالعوض فاذا لم يسلم يعود ويؤيده ما روي عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا
وموقوفا في المحال عليه اذا مات مفلسا قال يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ
مسلم ولفظ الاسرار قال اذا توي المال على المحال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ولا توى على مال مسلم
وذكر محمد في الاصل عن شريح مثل ذلك وهو ان الحديثان متعارضان فان كانا صحيحين او لم يثبتا فقد
تكافاهنا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل يفسخ الحوالة اي يفسخها المحتال ويعاد الدين
كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا وقيل ينفسخ ويعود الدين كالمبيع اذا هلك قبل القبض وقيل في الموت
عن افلاس ينفسخ ويعود وفي المجحود يفسخ ويعاد وفي طريقة الخلاف قالوا لو مات المحيل والمحال عليه
مفلسين لا يرجع فكذا ما نحن فيه قلنا لا نسلم بل له الرجوع الا انه سقطت المطالبة بالاعسار ولهذا
كلما ظهر لاحدهما مال اخذه كما في الكفيل والمكفول عنه اذا ماتا مفلسين بطل الكفالة ثم لا يدل
على ان المطالبة لا يثبت حالة حياة المكفول عنه قالوا مال الحوالة جعل كالمقبوض لانه لو لم يكن كالمقبوض
لادى الى الافتراق عن دين بدين ولانه يجوز الحوالة براس مال السلم والصرف ولولا انه كالمقبوض
لم يجز الحوالة واذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال اسوة للغرما واذا كان كالمقبوض لا يرجع قلنا ليس
كالمقبوض والا لجاز للمحتال ان يشتري شيئا من غير المحال عليه كما يجوز ان يشتري به من المحال عليه وهو
لو لم يكن كالمقبوض صار دينا بدين انما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالقرض واما الصرف
والسلم فحجة لنا لانه لو كان كالمقبوض لجاز ان يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس فانه اذا احال بهما فلو
افترقا من غير قبض يفسد العقد ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد
واما كون المحتال لا يصير اسوة الغرما اذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحال عليه فممنوع قال
في الجامع الكبير ولو ان المحال آخر الحويل سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على
الحويل بين المحال وبين الغرما بالحصص لان هذا مال المحيل ولم يصر بالحوالة ملكا للمحتال لان تمليك
الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال ولهذا لا يصير المحال اخص به ما لم يثبت
اليد بدليل ان العبد الماذون اذا كان عليه دين يتعلق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم لو وجب بعد ذلك
دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص انتهى واذا عرف انه يرجع بالتوى بين التوى بقوله
والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى بكل من امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة عليه للمحتال
ولا للمحيل تقوله له يعني كلا من المحيل والمحتال او يموت مفلسا الا مال له معينا ولا دينا ولا كفيل عنه
بدين المحال وعندهما بهذين ووجه آخر وهو ان يحكم حاكم بافلاسه وهذا بنا على ان تفليس القاضي
يصح عندهما وعنده لا يصح لانه يتوهم ارتفاعه بحدوث مال له فلا يعود تفليس القاضي على المحيل
والتوى التلف يقال منه توي يتوى من باب علم يعلم وهو تو وتاو ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل
خلافه ففي الشافي والمبسوط القول للطالب مع اليمين على العلم لانه متمسك بالاصل وهو العسرة
ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول له فكذلك بعد موته وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين
على العلم لانكاره عود الدين **قوله** واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل انما

احلت بدين لي عليك بل يقبل قوله وعليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه
دينه بامره ولان المحيل يدعي دينا عليه وهو ينكر والقول للمنكر ولا يقال قبول الحوالة من المحال عليه اقرار
بالدين عليه لانا نقول ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطلقة
والمطلقة هي حقيقة الحوالة اما المقيدة فوكالة بالاداء من وجه القبض واذا طالب المحيل المحتال
بما احاله به وقال اني احلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل احلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل لان المحتال
يدعي عليه اي على المحيل دينا وهو ينكر فالقول له لان فراغ الذمة هو الاصل وبه قال الشافعي في وجه
وفي وجه اخر القول للطالب لان الحوالة بالديون ظاهرا فما قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو
قول احمد وقول المصنف ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه جواب عنه وهو
بنا على تناولها في الاستعمال ومع كونها بالدين اظهر فالجواز متواطئ فيهما والا فادعاؤه مجاز استعمال
يخص قولها فان الحقيقة عند ابي حنيفة مقدمة على المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الايمة حين استبعد
التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف وقد تكلف شمس الايمة حين استبعد التواطؤ وتقدير المجاز المتعارف
بحملها على ما اذا استوفى المحتال الالف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحال عليه بهذه الالف فيقول
المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وانما
بعته لنفسي فالقول للمحيل لان اصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل فالظاهر
انه له انتهى وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في كتب
الامهات والحوالة لا حاجة الى ذلك بعد تجويز كون لفظ احلتك بالف يراد به الف للمحيل لان ثبوت
الدين على الانسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لا بد من القطع بها من جهة اللفظ او دلالة مثل له
علي او في ذمتي لان فراغ الذمة كان ثابتا بيقين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته الا بمثله من اللفظ
ومنه قوله ان نها في جواب لي عليك الف للتيقن بعود الضمير في ان نها على الالف المدعاة بخلاف
مجرد قوله احلتك **قوله** ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها عليه اخر فهو جائز لانه اقدر
على القضا لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين عليه فان هلكت برئ المحال عليه وهو المودع
لتقيدها بها اي لتقيد الحوالة بالوديعة التي هلكت فانه اي الرجل ما التزم الاداء الا منها بخلاف
ما اذا كانت الحوالة مقيدة بعين مغصوب عرض او الف مثلا دراهم فانه اذا هلك المغصوب المحال
به لا تبطل الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لان الواجب على الغاصب رد العين فان عجز رد المثل او القيمة
فاذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ لان له خلفا والفوات الى خلف كلا فوات فبقيت
متعلقة بخلفه بتردد خلفه على المحتال وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا بان يحيله بدينه
الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة اقسام مقيدة بعين امانة وبعين
مضمونة وبدين خاص وحكم المقيدة في هذه الجملة اعني الاقسام الثلاثة ان لا يملك المحيل مطالبة
المحال عليه بذلك العين ولا بذلك الدين لان الحوالة لما قيدت بها تعلق حق الطالب به وهو استيفاء
دينه منه على مثال الرهن واخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز فلو دفع المحال عليه العين او الدين
الى المحيل ضمنه للطالب لانه استهلك ما تعلق به حق المحتال كما اذا استهلك الرهن احد ضمنه
للمرتهن لانه يستحقه ولما كان تشبيه المصنف بالرهن تبادر منه انه لو هلك المحيل وعليه دين

آخر غير دين المحتال ينبغي ان يختص المحتال بذلك الدين الذي احيل به او العين وليس كذلك بينه المصنف
فقال وان كان اي المحتال اسوة الغرما فيه بعد موت المحيل وهذا لانه لو بقي للمحيل حق المطالبة بما
احال به من الامر المعين فياخذه منه بطلت الحوالة والواقع انها حق المحتال فليس له ان يبطل حقه
وترك الفرق بين الرهن والمحال به دينا او عينا والفرق ما قدمناه انه وان كان حق المحتال متعلقا
بالعين المخصوصة او الدين كما يتعلق حق الداين بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له
يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص واذا كان المحتال اسوة الغرما فلو قسم ذلك الدين
او العين بين غرماء المحيل واخذ المحتال حصته لا يكون له ان يرجع على المحال عليه ببقية دينه وهو ظاهر
لتقيد الحوالة بذلك المقسوم وهذا ومن احكام الحوالة المقيدة بالدين والعين انه لو ابرأ المحتال
المحال عليه صح الابرا وكان للمحيل ان يرجع على المحال عليه بدينه ولو وهب المحتال دينه من المحال
عليه او مات المحتال له وورثه المحال عليه لا يكون للمحيل ان يرجع على المحال عليه والفرق ان
الهبة من اسباب الملك وكذا الارث فملك المحال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالادا
ولو ادى لا يرجع المحيل عليه فكذا اذا ملكه بالهبة بخلاف الابرا فانه في الاصل موضوع للاسقاط
فلا يملك به المحال عليه ما في ذمته وانما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل
فبقي دين المحيل على المحال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه وقوله بخلاف المطلقة يتصل بقوله لا يملك المحيل
مطالبة المحال عليه بالعين المحال به والدين والحاصل ان الحوالة قسمان مقيدة كما ذكرنا ومطلقة
وهي ان يقول المحيل للطالب احلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل ليؤديها من المال
الذي لي عليه فاذا احال كذلك وله عند ذلك الرجل وديعة او مغصوب او دين كان له
ان يطالب به لانه اي الشان لا تعلق لحق المحتال به اي بذلك الدين والعين لوقوعها مطلقة
عنه بل بذمة المحال عليه وفي الذمة سعة فياخذ دينه او عينه من المحال عليه لا تبطل الحوالة
وما عليه يرجع الى الدين والغصب وعنده يرجع الى الوديعة ومن المطلقة ان يحيل على رجل ليس
له عنده ولا عليه شيء وتنقسم المطلقة الى حالة ومؤجلة فالحالة ان يحيل الطالب بالف هي
على المحيل حالة فيكون على المحتال عليه حالة لان الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي
على الاصيل وليس للمحال عليه ان يرجع على الاصيل قبل ان يؤدي ولكن له اذا لوزم ان يلازمه
واذا حبس ان يحبسه والمطلقة المؤجلة له على رجل الف الى سنة فاحال الطالب عليه الى سنة كانت
عليه الى سنة ولو حصلت الحوالة مبهمة لم يذكره محمد وقالوا ينبغي ان تثبت مؤجلة كما في الكفالة
لانه تحمل ما على الاصيل باي صفة كان فلو مات المحيل لم يحل المال على المحال عليه لان حلول الاجل
في حق الاصيل لاستغنائه عن الاجل بموته ولا يتاتى ذلك في حق المحال عليه لانه حي يحتاج الى الاجل
ولو حل عليه انما يحل بنا على حلوله على الاصيل فلا وجه له لان الاصيل برئ عن الدين في احكام
الدنيا والتحق بالاجانب ولو مات المحال عليه قبل الاجل والمحيل حي حل المال على المحال عليه
لاستغنائه عن الاجل بموته فان يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى اجله لان الاجل سقط حكما
للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحال عليه مفلسا فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الاجل
كما لو باع المديون بدين مؤجل عبدا من الطالب ثم استحق العبد عاد الاجل لان سقوط الاجل كان بحكم

البيع وتد انتقض كذا هنا **قوله** ويكره السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته
وهو الشي المحكم سمي هذا القرض به لاحكام امره وصورته ان يدفع في بلدة إلى مسافر قرضا ليدفعه إلى
صديقه او وكيله مثلا في بلدة اخري ليستفيد به خطر الطريق لانه صلى الله عليه وسلم نهي عن قرض
جر نفعا رواه الحارث بن ابي اسامة في مسنده عن حفص بن حمزة انبانا سوار بن مصعب عن عمارة الهمداني
قال سمعت عليا رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل قرض جر نفعا فهو ربا وهو ضعيف
بسوار بن مصعب قال عبد الحق متروك وكذا قال غيره ورواه ابو الجهم في جزئه المعروف عن سوار ايضا
واخرج ابن عدي في الكامل عن جابر بن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم السفاتج حرام واعله
بعمرو بن موسى بن وجيه ضعفه البخاري والنسائي وابن معين وذكره ابن الجوزي في الموضوعات واحسن
ما هذا اما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن ابي شيبة في مصنفه ثنا خالد الاحمر عن حجاج عن عطا قال
كانوا يكرهون كل قرض جر منفعة **وفي** الفتاوى الصغرى وغيرها ان كان السفتج مشروطا في القرض
فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وصورة الشرط ما في الواقعات رجل اقرض
رجلا مالا على ان يكتب له الى بلد كذا فانه لا يجوز وان اقرضه بغير شرط وكتب جاز وكذا لو قال اكتب لي
سفتجة الى موضع كذا على ان اعطيك هنا فلا خير فيه **وفي** كفاية البيهقي وسفاتج التجار مكروهة ثم قال
الا ان يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا باس كذا روي ابن عباس رضي الله عنهما الا ترى انه لو قضاه
احسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا ثم قال انما تحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف
ظاهر فان كان يعرف ان ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكي عن ابي حنيفة رضي الله تعالى عنه انه لم
يقعد في ظل جدار غريمه فلا اصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا
متعارفا وانما اورد القدوري هذه المسلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة

كتاب ادب القاضي

لما كان اكثر المنازعات في الديون والبياعات والمنازعات محتاجة الى قطعها اعقبها بما هو القاطع لها وهو
القضا والادب الخصال الحميدة والقاضي يحتاج اليها فافادها وهو ان ذكر ما ينبغي للقاضي ان يفعله ويكون
عليه وسميت الخصال الحميدة ادبا لانها تدعوا الى الخيرات والادب في الاصل من الادب بسكون الدال وهو
الجمع والدعا وهو ان يجمع الناس وتدعوهم الى طعامك يقال منه ادب زيد يادب ادبا بوزن ضرب يضرب
ضربا اذا دعي الى طعامه فهو آدب والمادبة المصنوع المدعو اليه ومنه قول طرفة بن العبد يمدح قومه
بني بكر بن وائل ورثوا السود عن ابايهم ثم سادوا وسودوا غير زمر • نحن في المشتاة ندعوا الجفلا
لا ترى الادب فينا ينتقر • ومنه ما ذكر ابو عبيد في قول ابن مسعود ان هذا القران مادبة الله
فمن دخل فيه فهو آمن وروي عنه ايضا مادبة الله فتعلموا من مادبه بفتح الدال اي تاديبه وكان الاحمر
يجعلها لغتين قال ابو عبيد لم اسمع احدا يقول هذا غيره • واما القضا فقال ابن قتيبة يستعمل لمعان
كلها ترجع الى الختم والفراغ من الامر يعني باكماله وفي الشرع يراد به الالزام ويقال له الحكم لما
فيه من منع الظالم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في راس الفرس واما وصف القضا ففرض كفاية
فلو امتنع الكل اثموا وللسلطان ان يكره من يعلم قدرته عليه لانه لا بد من ايصال الحقوق الى اربابها
بالزام المانعين منها ولا يكون ذلك الا بالقضا وقد امر الله به نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله وان احكم

بينهم

بينهم بما انزل الله اليك وقبله صلى الله عليه وسلم وداود بقوله تعالى فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع
الهوي وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعاذا وقال له لم تقضي فقال بكتاب الله
قال فان لم تجد قال بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال فان لم تجد قال اجتهد رايي فاقره وعليه
اجماع المسلمين **قوله** لا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرايط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد
هذا لفظ القدوري وذكر المولى عن لفظ المفعول للاشعار بانه القي عليه الفعل من غير طلب له منه
كما هو الاولي اما الاول وهو انه لا بد ان يكون من اهل الشهادة فلان حكم القضا يستقي من حكم الشهادة يعني
كلا من القضا والشهادة يستمد من امر واحد هو شروط الشهادة من الاسلام والبلوغ والعقل والحرية
وكونه غير اعمي ولا محدود في قذف والكمال فيه ان يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطرايق من كان
قبله من القضاة **فرع** قلد عبد فعتق جاز ان يقضي بتلك الولاية من غير حاجة الى تجديد كما لو
تحمل الشهادة حالة الرق ثم عتق كذا في الخلاصة في اول كتاب القضا وذكر بعد ورقة لو قلد قضا
مصر لصبي فادرك ليس له ان يقضي بذلك الامر ولو قلد كافر القضا فاسلم فالتجديد هو على قضايه
ولا يحتاج الى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد والفرق ان كلا منهما له ولاية وبه مانع وبالعتق والاسلام
يرتفع اما الصبي فلا ولاية له اصلا • وما في الفصول لو قال لصبي او كافر اذا ادركت فصل بالناس
او اقض بينهم جاز ولا يخالف ما ذكر في الصبي لان هذا تعليق الولاية والمعلق معدوم قبل الشرط
وما تقدم تنجيز واذا لم يصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا فما في زماننا من تولية ابن صغير
للسلطان اذا مات فقد ساله في فتاوى النسفي وصرح بعدم ولايته وقال ينبغي ان يكون الاتفاق
على وال عظيم يصير سلطانا وتقليد القضاة منه غير انه يعد نفسه تبعا لابن السلطان تعظيما وهو
السلطان في الحقيقة انتهى ومقتضى هذا انه يحتاج الى التجديد بعد بلوغه وهذا لا يكون الا ان عزل
ذلك الوالي العظيم نفسه من السلطنة وذلك لان السلطان لا ينعزل الا بعزله نفسه وهذا غير
واقع واما الذكورة فليست بشرط الا للقضا في الحدود والدما فتقضي المراة في كل شي الا فيهما
وقد اختلف في قضاء الفاسق فاكثر الايمة على انه لا يصح ولايته كالشافعي وغيره كما لا تقبل شهادته
وعن علمائنا الثلاثة في النوادر مثله لكن الغزالي قال اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد
وغيرهما متعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل فالوجه تنفيذ قضا كل من ولاه سلطان
ذو شوكة وان كان جاهلا فاسقا وهو ظاهر المذهب عندنا فلو قلد الفاسق الجاهل صح ويحكم
بفتوى غيره ولكن لا ينبغي ان يقلد • والحاصل انه ان كان في الرعية عدل عالم لا يحل تولية من ليس
كذلك ولو ولي صح على مثال شهادة الفاسق لا يحل قبولها وان قبل نفذ الحكم بها وفي غير موضع ذكر
الاولوية يعني الاولي ان لا تقبل شهادته وان قبل جاز ومقتضى الدليل ان لا يحل ان يقضي بها فان قضي
جاز ونفذ ولو كان عدلا فقبل الولاية ثم فسق وجار باخذ الرشوة وغيرها من اسباب الفسق لا
ينعزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا البخاريون والسمرقنديون ومعني
يستحق العزل انه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول • وقيل اذا ولي عدلا ثم فسق انعزل لان عدالته
في معنى المشروطة في ولايته لانه حين ولاه عدلا اعتمد عدالته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول
بزوالها ولا شك انه لو لزم ذلك العزل فان الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما اذا قال له اذا

وصلت الي بلدة كذا فانت قاضيها واذا وصلت الي مكة فانت امير الموسم والاضافة كان يقول
جعلتك قاضيا في راس الشهر ويستثني منها كان يقول جعلتك قاضيا الا في قضية فلان ولا تنظر
في قضية كذا لك لا يلزم ذلك اذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه يزول بزواله
فلا ينعزل ولهذا التقدير اندفع المورد من ان البقا اسهل من الابتداء وفي الابتدا يجوز ولا ينعزل الفاسق
في البقاء لا ينعزل واتفقوا في الامرة والسلطنة على عدم الانعزال بالفسق لانها مبنية على القهر
ثم الدليل على جواز تعليق الامارة واضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث الي مونة
وامر عليهم زيد بن حارثة ان قتل زيد فجعفر اميركم وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة وهذه
القصة مما اتفق عليها جميع اهل السير والمغازي ثم الرشوة اربعة اقسام منها ما هو حرام على
الاخذ والمعطي وهو الرشوة على تقليد القضا والامارة ثم لا يصير قاضيا • الثاني ارتشا القاضي
ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاوه في تلك الواقعة التي ارتشي فيها سوا كان
بحق او بباطل اما في الحق فلانه واجب عليه فلا يحل اخذ المال عليه واما في الباطل فاظهر وحكي
في الفصول في نفاذ قضا القاضي فيما ارتشي فيه ثلاثة اقوال لا ينفذ فيما ارتشي فيه وينفذ فيما
سواه وهو اختيار شمس الايمة لا ينفذ فيهما ينفذ فيهما وهو ما ذكر البزدوي رحمه الله وهو حسن
لان حاصل امر الرشوة فيما اذا قضي بحق ايجابها فسقه وقد فرض ان الفسق لا يوجب العزل فولايته
قايمة وقضاوه بحق فلم لا ينفذ وخصوص هذا الفسق غير موثر وغاية ما وجه به انه اذا ارتشي عامل
لنفسه او ولده يعني والقضا عمل لله تعالي وارتشا القاضي او ولده او من لا تقبل شهادته له او بعض
اعوانه سواء اذا كان بعلمه ولا فرق بين ان يرتشي ثم يقضي ويقضي ثم يرتشي وفيه لو اخذ الرشوة ثم
بعث الي شافعي ليقضي لا ينفذ قضا الثاني لان الاول عمل في هذا لنفسه حين اخذ الرشوة وان كتب
الي الثاني ليسمع الخصومة واخذ مثل اجر الكتاب صح حكم المكتوب اليه والذي قلد بواسطة الشفعا
كالذي قلد احتسابا في انه ينفذ قضاوه وان كان لا يحل طلب الولاية بالشفعا • الثالث اخذ المال
ليسوي امره عند السلطان دفعا للضرر او جلبا للنفع وهو حرام على الاخذ لا الدافع وحيلة حلها
للاخذ ان يستاجره يوما الي الليل او يومين فتصير منافعه مملوكة ثم تستعمله في الذهاب الي السلطان
للامر الفلاني وفي الاقضية قسم الهدية وجعل هذا من اقسامها فقال حلال من الجانبين كالاهدا
للتودد حرام من الجانبين كالاهدا ليعينه على الظلم حلال من جانب المهدي حرام على الاخذ وهو ان
يهدي ليكف عنه الظلم والحيلة ان يستاجره الي اخره قال هذا اذا كان فيه شرط اما اذا كان
بلا شرط ولكن يعلم يقينا انه انما يهدي ليعينه عند السلطان فمشايخنا على انه لا باس به ولو قضي
حاجته بلا شرط ولا طمع فاهدي اليه بعد ذلك فهو حلال لا باس به وما نقل عن ابن مسعود من
كراهته فورع الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع اليه على نفسه او ماله حلال للدافع حرام
على الاخذ لان دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز اخذ المال ليفعل الواجب وهل يصلح الفاسق
مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وتعظم خيانته للدين وقيل يستفتي لانه يجتهد كل الجهد حذار
ان ينسبه فقهاء عصره الي الخطا واما الثاني وهو اشتراط اهلية الاجتهاد فالصحيح انها ليست
شرطا للولاية بل للاولوية فاما تقليد الجاهل فصحيح عندنا • ويحكم بفتوى غيره خلافا للشافعي ومالك

واحد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الاصل ان المقلد لا يجوز ان يكون قاضيا ولكن المختار خلافه
قالوا القضا يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم قلنا يمكنه القضا بفتوي غيره ومقصود
القضا وهو ايصال الحق الي مستحقه ودفع الظلم يحصل به فاشتراطه ضايع والمراد بالعلم ليس ما
يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد فانه لا قطع في مسايل الفقه واذا قضي بقول مجتهد فقد قضي
بذلك العلم وهو المطلوب وكون معاذ قال اجتهد رايي لا يلزم اشتراطه انما لم يذكر معاذ الاجماع لانه
لم يكن حجة • وفي زمنه صلى الله عليه وسلم وقد قدمنا ايضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في
هذا الزمان وانما لم يذكر معاذ الاجماع لانه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم وفي بعض نسخ
الهداية الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عليا اليمن ولم يكن مجتهدا
وليس بشي فانه عليه السلام دعا له بان يهدي الله قلبه ويثبت لسانه فان كان بهذا الدعا رزق
اهلية الاجتهاد فلا اشكال والا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والسداد وهذا
غير ثابت في غيره وسنذكر سند حديث علي رضي الله عنه • واعلم ان ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا
يفتي الا المجتهد وقد استقر راي الاصوليين على ان المفتي هو المجتهد فاما غير المجتهد ممن يحفظ اقوال
المجتهد فليس بمفت والواجب عليه اذا سئل ان يذكر قول المجتهد كابي حنيفة على جهة الحكاية فعرف
ان ما يكون في زماننا من فتوي الموجودين ليس بفتوي بل هو نقل كلام المفتي لياخذ به المستفتي وطريق
نقله كذلك عن المجتهد احد امرين اما ان يكون له سند فيه اليه او ياخذه من كتاب معروف تداولته
الايدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجتهدين لانه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم
او المشهور هكذا ذكر الرازي فعلي هذا لو وجد بعض نسخ النوادر في زماننا لا يحل عزو ما فيها الي
محمد ولا الي ابي يوسف لانها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم يتداول نعم اذا وجد النقل عن النوادر
مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب فلو كان حافظا
للاقاويل المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها
يفتي به بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه انه الاصوب ذكره في بعض الجوامع وعندي
انه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه ان يحكي قولا منها فان المقلد له ان يقلد اي مجتهد شاء فاذا ذكر احدها
فقلده حصل المقصود نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال ابو حنيفة حكم
هذا كذا نعم لو حكي الكل فالاخذ بما يقع في قلبه انه اصوب اولي والا فالعامي لا عبرة بما يقع في قلبه
من صواب الحكم وخطابه وعلي هذا اذا استفتي فقيهين اعني مجتهدين فاختلفا عليه الاولي ان ياخذ
بما يميل اليه قلبه منهما وعندي انه لو اخذ بقول الذي لا يميل اليه قلبه جاز لان ميله وعدمه سوا
والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل اصاب ذلك المجتهد او اخطا وقالوا المنتقل من مذهب الي
مذهب باجتهاد وبرهان اثم يستوجب التعزير فبلا اجتهاد وبرهان اولى ولا بد ان يراد بهذا
الاجتهاد معني التحري وتحكيم القلب لان العامي ليس له اجتهاد ثم حقيقة الانتقال انما يتحقق في
حكم مسئلة خاصة قلد فيه وعمل به والا فقوله قلدت ابا حنيفة فيما افتي به من المسايل
مثلا والتزمت العمل به على الاجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق
التقليد او وعد به كانه التزم ان يعمل بقول ابي حنيفة فيما يقع له من المسايل التي تتعين في الوقايع

فان اراد واهذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد المعين بالزامه نفسه ذلك قولا اونية
شرعا بل الدليل اقتضى العمل بقول المجتهد فيما احتاج اليه بقوله تعالى فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا
تعلمون والسؤال انما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة وحينئذ اذا ثبت عنده قول المجتهد
وجب عمله به والغالب ان مثل هذه الزامات منهم لكف الناس عن تتبع الرخص والا اخذ العامي
في كل مسئلة بقول مجتهد قوله اخف عليه وانا لا ادري ما يمنع هذا من النقل او العقل وكون الانسان
يتبع ما هو اخف على نفسه من قول مجتهد مسوغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ذمه عليه وكان صلى الله
عليه وسلم يحب ما خفف عن امته والله سبحانه اعلم **قوله** وينبغي للمقلد وهو من له ولاية التقليد
ان يختار من هو اقدر واولى لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال ولا باس للقاضي
ان ياخذ وان كان غنيا متريا وان احتسب فهو افضل والاصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم اذا عمل
الوصي ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فالياكل بالمعروف وذكر عن عمر رضي الله عنه انه كان يرزق
سليمان بن ربيعة الباهلي على القضا كل شهر خمسماية درهم لانه فرغ نفسه للعمل للمسلمين فكانت كفاية
وعياله عليهم قالوا وكان عمر يرزق شريحا كل شهر ماية درهم ورزقه علي خمسمايه وذلك لقلة عياله
في زمن عمر اورخص السعر وكثرة عياله في زمن علي اوغلا السعر فرزق القاضي لا ينقد رشي لانه ليس باجر
لانه لا يحل على القضا وانما اختار الاولى لقوله عليه الصلوة والسلام فيما رواه الحاكم في المستدرك
عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من استعمل رجلا على عصابة وفي تلك العصابة من
هو ارضى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وقال صحيح الاسناد وتعقب بحسين بن قيس
كانه ضعيف وضعفه العقيلي وقال انما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه واخرجه
الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تولى من
امر المسلمين شيا فاستعمل عليهم رجلا وهو يعلم ان فيهم من هو اولى بذلك واعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين **وروى** ابو يعلي الموصلي في مسنده عن
حذيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال ايما رجل استعمل رجلا على عشرة انفس وعلم ان في العشرة
من هو افضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين والذي له ولاية التقليد الخليفة
والسلطان الذي نصبه الخليفة واطلق له التصرف وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل
له خراجها واطلق له التصرف فان له ان يولي ويعزل كذا قالوا ولا بد من ان يصرح له بالمنع
او يعلم ذلك بعرفهم فان نايب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج
ولا يولون القضاة ولا يعزلون ولو ولي لحكم المولى ثم جا بكتاب السلطان لا يكون ذلك امضا للقضا
والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالاصالة لا بطريق النيابة فان السلطان اذا امر عبده
على ناحية وامره بنصب القاضي جاز فان نصبه كنصب السلطان بنفسه **قوله** وفي حد الاجتهاد
كلام عرف في اصول الفقه وحاصل ذلك الكلام ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف
معاني الاثار وصاحب فقه له معرفة بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه والفرق
بين القولين ان على الاول نسبته الى معرفة الحديث اكثر من معرفته بالفقه وفي الثاني عكسه ثم
ان المصنف رتب على الاول كونه حينئذ يعرف معاني الاثار والمراد بمعاني الاثار المعاني التي

مناطات

مناطات الاحكام الدالة عليها الفاظ الحديث وعلى الثاني سلامته من القياس مع معاوضة
النص وقد وقع التصريح بانهما قولان ولا شك في ذلك متضادان لان كونه ادرى بالحديث
من الفقه يضاد كونه ادرى بالفقه من الحديث وانت تعلم ان المجتهد يحتاج الى الامرين جميعا وبعد
تحرزه من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الاثار ليتمكن من القياس فالوجه ان يقال
صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الاثار ويمتنع عن القياس بخلاف النص والحاصل ان يعلم الكتاب
والسنة باقسامهما من عبارتهما واشارتهما ودلالتهما واقتضايهما وباقي الاقسام وناسخهما
ومنسوخهما ومناطات احكامهما وشروط القياس والمسايل المجمع عليها لئلا يقع في القياس في معاوضة
الاجماع واقوال الصحابة لانه قد يقدمه على القياس فلا يقيس في معاوضة قول الصحابي ويعلم
عرف الناس وهذا قوله وقيل ان يكون صاحب قريحة الى اخره فهذا القيد لا بد منه في المجتهد
فمن اتقن هذه الجملة فهو اهل للاجتهاد فيجب عليه ان يعمل باجتهاده وهو ان يبذل جهده في
طلب الظن بحكم شرعي من هذه الادلة ولا يقلد احدا **قوله** ولا باس بالدخول في القضا لمن
يثق بنفسه ان يؤدي فرضه لان الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولانه فرض كفاية لكونه امرا
بالمعروف اما ان الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف وكذا علي رضي الله عنه الرواية ابي داود
عن علي قال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن قاضيا فقلت يا رسول الله ترسلني وانا
حديث السن ولا علم لي بالقضا فقال ان الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك فاذا جلس بين يديك
الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الاخر كما سمعت من الاول فانه احرى ان يتبين لك القضا قال فما زلت
قاضيا وما شككت في قضا بعد ورواه احمد واسحق بن راوية والطيالسي والحاكم وقال صحيح
الاسناد **واخرج** ابن ماجة وفيه فضرب صدري وقال اللهم اهد قلبه وثبت لسانه قال فما شككت
الحديث وصححه ايضا الحاكم وفي المستدرك ايضا عن ابن عباس قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم
عليا رضي الله عنه الى اليمن فقال علمهم الشرايع واقض بينهم الحديث وصححه ثم قال على شرطهما الا انه وانما
انه فرض كفاية فقد قدمنا غير ان مقتضاه ان يكون الدخول فيه مستحبا وعبارة لا باس اكثر استعمالها
في المباح وما تركه اولى وحاصل ما هنا انه ان امن على نفسه الحيف اي الجور او عدم اقامة العدل
كره له الدخول كراهة تحريم لان الغالب الوقوع في محظوره حينئذ وان امن ابيح رخصة والترك هو
العزيمة لانه وان امن ابيح رخصة والترك هو العزيمة لانه وان امن فالغالب هو خطا ظن من نفسه
الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستحباب هذا اذا لم يتحصر الاهلية فيه وان انحصر صار
فرض عين عليه وعليه ضبط نفسه الا ان كان السلطان ان يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك وحديث
من ولي القضا فكانما ذبح بغير سكين اخرجه اصحاب السنن الاربعة من حديث ابي هريرة ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال من جعل على القضا ذبح بغير سكين وحسنه الترمذي واخرجه ابن عدي
في الكامل من حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من استقضي فقد ذبح بغير سكين
وحكي ان بعض القضاة استخف لهذا الحديث ثم دعي من يسوي له لحيته فبينما هو يحلق له تحت
لحيته في حلقومه اذ عطس القاضي فالقى الموسى راسه وقد جا عن التحذير من القضا اثار وقد
اجتنبه ابو حنيفة رحمه الله تعالى وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال البحر عميق فكيف اعبر

بالسباحة فقال ابو يوسف البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم فقال ابو حنيفة كاني بك قاضيا
وقول ابي حنيفة كقول ابي قلابة ما وجدنا القاضي الا كسابح في بحر فكم يسبح حتى يغرق وكان دعي للقضا
فهرب حتى اتى الشام فوافق موت قاضيها فهرب حتى اتى اليمامة واجتنبه كثير من السلف وقيد محمد بن الحسن
تيفا وثلاثين يوما او نيفا واربعين يوما ليتقلده • وقد اخرج مسلم عن ابي ذر رضي الله عنه ان النبي
صلى الله عليه وسلم قال له يا ابا ذر اني احب لك ما احب لنفسي لا تامرن على اثنين ولا تولين مال يتيم
واخرج ابو داود عن ابن بريدة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم القضاة ثلاثة اثنان في النار
وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضا به فهو في الجنة ورجل عرف الحق ولم يقض وجار في الحكم فهو
في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار • وفي صحيح ابن حبان عن عايشة قالت سمعت
رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى في شدة الحساب ما
يتمنى انه لم يقض بين اثنين في عمره • واخرج الحاكم عن ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال من ولي عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جي به يوم القيامة مغلولة يده الى عنقه فان حكم بما
انزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله وان حكم بغير ما انزل الله وارتشى في حكمه وحابى
فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم وروى النساي عن مكحول لو خيرت بين ضرب عنقي وبين القضا
لاخترت ضرب عنقي واخرج ابن سعد في الطبقات قال استعمل ابو الدردا على القضا فاصبح الناس
يهنونه فقال اتهنوني بالقضا وقد جعلت على راس مهواة مزلتها ابعد من عدن ابين ولو علم الناس ما في القضا لاخذوه بالدول رغبة عنه وكراهية له ولو يعلم الناس ما في الاذان لاخذوه بالدول رغبة فيه وحرصا عليه -->

سبعة يظلهم الله في ظله يوم لا ظل الا ظله امام عادل فلانا في محبه اولا مغلولة يده الى ان يفكها
عدله فيظله الله في ظله فلا تعارض **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسالها لقوله صلى الله
عليه وسلم من طلب القضا وكل الى نفسه الى اخره اخرجه ابو داود والترمذي وابن ماجة من حديث
انس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من سال القضا وكل الى نفسه ومن اجبر عليه ينزل اليه ملك
يسدده ولفظ ابي داود من طلب القضا واستعان عليه واخرجه الترمذي ايضا عن انس مرفوعا من
ابتغى القضا وسال فيه شفعا وكل الى نفسه ومن اكره عليه انزل الله عليه ملكا يسدده وقال حسن غريب
وهو اصح من حديث اسرايل يعني بسند الاول واصح من الكل حديث البخاري قال صلى الله عليه وسلم
يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسال الامارة فانك ان اوتيتها عن مسلة وكلت اليها وان اوتيتها عن غير مسلة
اعنت عليها واذا كان طلب الولاية ان يوكل الى نفسه وجب ان لا تحل لانه حينيذ معلوم وقوع الفساد
منه لانه مخذول **قوله** ويجوز التقلد من السلطان الجاير كما يجوز من العادل لان الصحابة رضي الله
عنهم تقلدوا من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج
هذا تصريح بجور معاوية والمراد في خروجه لا في اقضيته ثم انما يتم اذا ثبت انه ولي القضاة قبل
تسليم الحسن له واما بعد تسليمه فلا ويسمى ذلك العام عام الجماعة واستقضى معاوية ابا الدردا
بالشام وبها مات وكان معاوية استشاره فيمن يولي بعده فاشار عليه بفضالة بن عبيد الانصاري
فولاه الشام بعده وقوله في نوبته توبة على التي ذكرها المصنف هي كونه رابعا بعد عثمان وقيد
بنوبته احترازا عن قول الروافض انه كان احق بها من ساير الناس حتى من ابي بكر وانما كان الحق معه في تلك
النوبة لصحة بيعته وانعقادها فكان على الحق في قتال اهل الجمل وقتال معاوية بصفين وقوله

صلى الله عليه وسلم لعمار ستقتلك الفية الباغية وقد قتله اصحاب معاوية يصرح بانهم بغاة ولقد
اظهرت عايشة الندم كما اخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال قالت عايشة لابن عمر يا ابا عبد الرحمن
ما منعك ان تنهاني عن مسيري قال رايت رجلا غلب عليك يعني ابن الزبير فقالت له اما والله
لو نهيتني ما خرجت واما الحجاج فحاله معروف وفي تاريخ البخاري بسنده عن ابي اسحق قال
كان ابو بردة بن ابي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل اخاه مكانه واسند في موضع اخر
عن ضمرة قال استقضى الحجاج ابا بردة بن ابي موسى واجلس معه سعيد بن جبير ثم قتل سعيد بن جبير
ومات الحجاج بعده بستة اشهر وفي تاريخ اصبهان للحافظ ابي نعيم عبد الله بن ابي مريم الاموي ولي
القضا باصبهان للحجاج ثم عزله واقام محبوسا بواسط فلما هلك الحجاج رجع الى اصبهان وتوفي بها
وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقا طلحة بن عبد الله بن عوف ابو محمد الذي يقال له طلحة
الندى بن اخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضا من يزيد بن معاوية على المدينة وهو تابعي يروي
عن ابن عباس وابي هريرة وابي بكرة رضي الله عنهم وقوله الا اذا كان لا يمكنه من القضا بحق استثناء
من قوله يجوز التقلد من السلطان الجاير لان المقصود لا يحصل من التقلد حينيذ وهو ظاهر هذا واذا
لم يكن سلطان ولا من يجوز التقلد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار في بلاد المغرب كقرطبة
الان وبلنسية وبلاد الحبشة واقروا المسلمين عندهم على مال يوخذ منهم يجب عليهم ان يتفقوا على
واحد منهم يجعلونه واليا فيولي قاضيا او يكون هو الذي يقضي بينهم وكذا ينصبوا لهم اماما يصلي بهم
الجمعة **فروع في العزل** للسلطان عزل القاضي بريبة وبلا ريبة ولا ينعزل حتى يبلغه العزل
وينعزل نايبه بعزله بخلاف ما اذا مات القاضي لا ينعزل نايبه وكثير من المشايخ على ان النايب لا ينعزل
بعزل القاضي لانه نايب للسلطان وينعزل القاضي بعزله نفسه اذا بلغ السلطان وما لم يبلغه لا ينعزل
كعزل الوكيل نفسه لا ينعزل حتى يبلغ الموكل وقيل لا ينعزل القاضي بعزله نفسه لان قضاءه صار حقا للعامة
فلا يملك ابطاله • وعن ابي يوسف لا ينعزل بعزل السلطان حتى ياتي قاض اخر صيانة لحقوق الناس ومثله
وصي القاضي اذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ويجوز تعليق العزل بالشرط ومن صوره اذا كتب الخليفة
اليه اذا وصل اليك كتابي هذا فانت معزول لا ينعزل حتى يصل اليه الكتاب ولم يحرر ظهير الدين تعليق
العزل وليس بشي وينعزل خلفاء القاضي بموته ولا ينعزل امر الخليفة ولو قلد رجل قضاء بلدة بها قاض
هل ينعزل الاول عن ابي اليسر لا ينعزل قال في الخلاصة وهو الاشبه ولو شرط في القضاء شرطا مثل
ان لا يمتثل امر احد بخالف العزل وعن ابي حنيفة لا يترك القاضي على القضا اكثر من سنة ثم يعزله ويقول
شغلناك اذهب فاشتغل بالعلم **قوله** ومن قلد القضا يسال اي اول ما يبدا به من الاعمال
هذا وهو ان يسال اي يطلب من القاضي المعزول ديوانه ثم فسر ديوانه بانه الخرايط التي فيها
السجلات وغيرها من كتب الاوقاف وكتب نصب الوصايا والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات
للايتام وغيرهم بما اقتضاه الحال وانما يطلبه لانها انما وضعت عند القاضي لتكون حجة ووثيقة
محفوظة عند القاضي اذا وقعت الحاجة الى الحجة ومعرفة الاحوال فيجعل عند من له ولاية النظر
في امورهم وما كانت عند الاول لا لانه كذلك ثم ان كان الذي كتب فيه القاضي ورقا او رقا من بيت
المال فظاهر وكذا ان كان من مال ارباب القضايا في الصحيح لانه رضي به لانه للقاضي لا لانه ملك الذات

ومما يشق القضاء الى القاضي المولى وان كان بملك القاضي وكذلك في الصحيح لانه اتخذه نائبا
يحفظ به امور الناس وحاجاتهم لانه لا يبعث المولى اثنين او واحدا ما مونا ليقبضاها بحضرة المعزول
او من امينه ويسالان عن الامين المعزول شيا فشيا ويجعلان كل نوع في خريطة مثلا الصكوك
في خريطة والنفقات في خريطة وكتب الاوقاف في خريطة ليكون اسهل للتناول لحلاف ما
اذا خلط الكل فان في الكشف عنه حينئذ عسرا شديدا وفي عرف ديارنا ليس عند القاضي
صكوك الناس ولا كتب اوقافهم بل اذا كان القاضي ناظر الوقف وهذا السؤال لكشف الحال لا يلزم
العمل بمقتضى الجواب من القاضي فانه التحق بسائر الرعايا بالعزل ثم اذا اقتضاه حتما عليه خوفا من طرو
التغيير واما ما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس الى ذلك حاجة فان كتب الاوقاف
مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور والحوانيت محدودة **قوله** وينظر في حال المحبوسين
فيبعث الى السجن من يحصيهم ويأتيه باسمائهم واخبارهم ويسال المحبوس عن سبب حبسه لان القاضي
ناظر في امور المسلمين وهؤلاء مسلمون محبوسون ولا بد ان يثبت عنده سبب يوجب حبسهم وثبوته عند
الاول ليس بحجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء لان قول الاول لم يبق حجة فمن اعترف بحق الزمه
اياه ورده الى السجن الا ان يبلغ المقدار الذي يخرج من السجن عنده اذا لم يثبت له مال وكذا من انكر
وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة فان لم يعرف عدالتهم اخذ منه كفيلا
واطلقه حتى ينظر في حالهم فان ظهرت عدالة الشهود رده الى السجن اذا طلبه الخصم ولو اخبر القاضي
المعزول بسبب حبسهم لا يقبل لانه التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد ليست بحجة موجبة للعمل
لاسيما وهو على فعل نفسه ولهذا قال الشافعي ومالك وقال احمد يقبل قوله بعد العزل كما قبل
العزل لانه امين الشرع وعند مالك لا يقبل قوله قبل العزل ايضا الا بحجة واذا لم يقبل قول المعزول
عليه ولم تقم بينة بما يوجب حبسه لا يعجل باطلاقه لان فعل القاضي ظاهرا ما كان الا بحق فيحتاط لخصم
الغائب فينادي عليه وصفته ان يامر كل يوم اذا جلس مناديا ينادي في مجلسه من كان يطلب فلان
ابن فلان المحبوس بحق فليات الى القاضي يفعل ذلك اياما فاذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ
الحكم بينهم وان لم يحضر اخذ منه كفيلا بنفسه اذ لعله محبوس بحق لغائب وامارته انه في حبس قاضي
والظاهر انه بحق فان قال لا كفيل لي وابى ان يعطي كفيلا وجب ان يحتاط فيه نوعا اخر من الاحتياط
فينادي شهرا فان لم يحضر احد اطلقه وقيل اخذ الكفيل هنا قولهما اما على قول ابي حنيفة فلا كما قال
في اصحاب الميراث اذا اقتسموا على ما سياتي والمختار ان اخذ الكفيل هنا اتفاق والفرق لابي حنيفة
ان المال ظاهر احق لهذا الوارث وفي ثبوت وارث اخر شك فلا يجوز تاخير حقه الى زمان حصول
الكفيل لامر موهوم وهنا الظاهر ان حبسه بحق لظهور ان فعل القاضي بحق ولكنه مجهول فليس
اخذ الكفيل لموهوم ولو قيل فبالنظر الى هذا الظاهر يجب ان يطلقه بقوله اني مظلوم حتى يمضي
مدة يطلق فيها مدعي الاعسار كان وجيها **قوله** وينظر في الودايع وارتفاع الاوقاف الكائنة
تحت ايدي امناء القاضي والذي في ديارنا من هذا اموال الاوقاف تحت ايدي جماعة يوليهم
القاضي النظر او المباشرة فيها وودايع اليتامى تحت يد الذي يسمى امين الحكم فيعمل فيها على حسب ما تقوم
به البينة انه لفلان او غير ذلك او يعترف الذي هو في يده ولا يقبل قول المعزول على من في يده

اذا انكر وقال هي لي الا ببينة لما بينا انه التحق بواحد من الرعايا بخلاف القاضي لانه هو المخصوص
بان يكتفى بقوله في الالزام حتى ان الخليفة الذي قلد القاضي لو اخبر القاضي انه شهد عنده الشهود
بكذا لا يقضي به حتى يشهد عنده الخليفة مع اخر والواحد لا يقبل قوله الا ان يعترف الذي في
يده ان القاضي سلمها الي فحينئذ اما ان يقول سلمها الي ولا ادري لمن هي او يقول سلمها الي وقال
هي لفلان بن فلان وهو الذي اقر له القاضي المعزول ففي هذين يقبل قول المعزول فيها لانه
يثبت باقرار من في يده ان اليد فيها كانت للقاضي فيقبل اقرار القاضي فيها كما لو كانت في يده حال
امارته او يقول دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان وقال المعزول بل لفلان رجل اخر فالقول
ما قال المعزول ويدفع لمن اقر به له لانه اقر باليد للقاضي فصار كان المال في يده فاقر به لواحد
واقر به هذا لرجل اخر وفيه يكون القول قول القاضي وكذا هذا او بدا بالاقرار لفلان فقال
هو لفلان بن فلان ثم قال دفعه الي القاضي ففي هذا يؤمر بالتسليم الى من اقر له الامين ويضمن مثله اذا
كان مثليا او قيمته للمعزول فيدفعه المعزول الى من اقر له به لانه لما بدا بالاقرار صح اقراره ولزم لانه
اقر بما هو في يده فلما قال دفعه الي القاضي فقد اقر ان اليد كانت للقاضي والقاضي يقر به لغير من اقر
هو به له فيصير متلفا لذلك على من اقر له القاضي باقراره لغيره فيضمنه هذا واما لو شهد قوم انهم
سمعوا القاضي الاول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده او شهدوا على بيعه
مال فلان اليتيم فانه يقبل ويؤخذ المال المذكور وكذا الوصايات الاول واستقضى غيره فشهد بذلك
فرع يناسب هذا لو شهد شاهدان ان القاضي قضى لفلان على فلان بكذا وقال القاضي لم
اقض بشيء لا تجوز شهادتهما عندهما ويعتبر قول القاضي وعند محمد تقبل وينفذ ذلك **قوله**
ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين وفي الخلاصة ولا يتعب نفسه
في طول الجلوس ولكن يجلس طرفي النهار وكذا المفتي والفقيه والمسجد الجامع اولى لانه اشهر ثم الذي
تقام فيه الجماعات وان لم تصل فيه الجمعة قال فخر الاسلام هذا اذا كان الجامع في وسط البلد
اما اذا كان في طرف منها فلا لزيادة المشقة على اهل الشقة المقابلة له فالاولى ان يختار مسجدا
في وسط البلد وفي السوق ويجوز ان يحكم في بيته وحيث كان الا ان الاولى ما ذكرنا وبقولنا قال احمد
ومالك في الصحيح عنه وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه اي القضاء يحضره المشرك
وهو نجس بالنص قال تعالى انما المشركون نجس والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولان المساجد بنيت
للصلوة والذكر والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من اليمين الغموس والكذب في الدعاوي ولنا ما
في الصحيحين من حديث اللعان من حديث سهل بن سعد وفيه فتلاعنا في المسجد وانا شاهد ولابد
من كون احدهما كاذبا فاحدهما حانثا في يمين الغموس وفي الصحيحين ايضا عن كعب بن مالك انه تقاضى ابن ابي حدرد
دينا كان له عليه فارتفعت اصواتهما حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج
اليهما حتى كشف سجف حجرته فنادى يا كعب قال لبيك يا رسول الله فاشار بيده ان ضع الشطر
من دينك قال كعب قد فعلت يا رسول الله قال قم فاقضه **واخرج** الطبراني مسندا الى ابن عباس
قال بينا رسول الله صلى الله عليه وسلم يخطب يوم الجمعة اذ اتى رجل فتخطى الناس حتى قرب اليه
فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال اجلس فجلس وقام الثانية فقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال

اجلس فجلس ثم قام الثالثة وقال يا رسول الله اقم علي الحد فقال وما حدك قال اتيت امراة حراما
فقال صلى الله عليه وسلم لعلي وابن عباس وزيد بن حارثة وعثمان بن عفان رضوان الله عليهم اجمعين
انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج فقيل يا رسول الله الا تجلد التي خبث بها فقال له رسول الله
صلى الله عليه وسلم من صاحبتك قال فلانة فدعاها ثم سالها فقالت يا رسول الله كذب علي واني
لا اعرفه فقال صلى الله عليه وسلم من شاهدك قال يا رسول الله ما لي شاهد فامر به فجلد حد الفرية
ثمانين واما ان الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات فنقل بالمعنى يعني وقع
منهم هذا ولا يكاد يشك في ان عمر وعثمان وقع لهما ذلك ومن يتتبع السير راى من ذلك شيا كثيرا
ففي البخاري لاعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم واسند الامام ابو بكر الرازي الى
الحسن انه راى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة وذلك فيما قيل انه غريب مبني على ان المراد رواية
هذا اللفظ وليس كذلك وفي الطبقات لابن سعد بسنده الى ربيعة بن ابي عبد الرحمن انه راى ابا بكر
محمد بن عمرو بن حزم يقضي في المسجد عند القبر وكان على القضا بالمدينة في ولاية عمر بن عبد العزيز
واسند الى سعيد بن مسلم بن بابك قال رايت سعيد بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف في المسجد وكان
تدول القضا بها فكان يقضي في المسجد قال وابو طوالة ثقة يروي عن انس والى اسماعيل بن ابي خالد
قال رايت شريحا يقضي في المسجد والى الاسود بن شيبان قال رايت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة
يقضي في المسجد وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يروا
انكاره عن احد واما الحديث الذي ذكره المصنف انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم فلم يعرف وانما
اخرج مسلم حديث الاعرابي الذي قام يبول في المسجد فقال اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
مه مه فقال صلى الله عليه وسلم لا تزرموه دعوه فتركوه حتى بال ثم دعاه صلى الله عليه وسلم فقال
له ان هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول والقذر وانما هي لذكر الله تعالى والصلوة وقراءة القران
قال وامر رجلا من القوم فجاء بدلو من ماء فشنه عليه واما نجاسة المشرك ففي الاعتقاد على معنى
التشبيه والحايض تخبر بحالها ليخرج اليها القاضي او يرسل نايبه كما لو كانت الدعوى في دابة وجلس
في داره فحسن بشرط ان ياذن للناس على العموم ولا يمنع احدا من الناس لان لكل احد حقا في مجلسه وعلى
قياس ما ذكرنا في المسجد ان الاولى ان لا يكون في وسط البلد وفي المبسوط ولا يقضي وهو يمشي او يسير
على دابة لانه اذ ذاك غير معتدل الحال ولما فيه من الاستخفاف بالقضا ولانه مشغول بما هو فيه
ولا باس بان يتكي لانه نوع جلسة كالتربع وغيره وطباع الناس في الجلوس مختلفة وينبغي ان لا يقضي وهو
غضبان او في جان او جايعا او عطشانا او مهموما او ناعسا او في حال برد شديد او حر او يدافع الاخبثين
او به حاجة الى الجماع والحاصل لا يقضي حال شغل قلبه واصله حديث لا يقضي القاضي وهو غضبان
معلول به ولا ينبغي ان يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فاكثر
الا ان يكون الناس قليلا ولا يقدم رجلا جاء الاخر قبله ولا يضرب في المسجد حدا ولا تعزيرا
وينبغي ان يجلس معه من كان يجالسه قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة الرشوة او الظلم وروي
ان عثمان ما كان يحكم حتى يحضر اربع من الصحابة ويستحب ان يحضر مجلسه جماعة من الفقها ويشاورهم
وكان ابو بكر يحضر عمر وعثمان وعليا حتى قال احمد يحضر مجلسه الفقها من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل

عليه

عليه وفي المبسوط فان دخله حصر في قعودهم عنده او شغله عن شيء من امور المسلمين جلس وحده فان
طباع الناس تختلف فمنهم من يمنعه من حشمة الفقهاء من فصل القضا ومنهم من يزداد قوة على ذلك
فاذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده وفي المبسوط ما حاصله انه ينبغي للقاضي ان يعتذر للمقضي عليه
ويبين له وجه قضايه ويبين له انه فهم حجته ولكن الحكم في الشرع كذا يقتضي القضا عليه فلم
يمكن غيره ليكون ذلك اوقع لشكايته للناس ونسبته الى انه جار عليه ومن يسمع يخل فربما تفسد
العامة عرضه وهو بريء واذا امكن اقامة الحق مع عدم ايغار الصدور كان اولى **قوله**
ولا يقبل الهدية الحاصل ان المهدي اما له خصومة او لا فان كانت لا تقبل منه وان كانت له
عادة بمهاداته او ذا رحم محرم وان لم تكن خصومة فان لم يكن له عادة بذلك قبل القضا بسبب
قرابة او صداقة لا ينبغي ان يقبل وان كان له عادة بذلك جاز بشرط ان لا يزيد على المقدار المعتاد
قبل القضا فان زاد لا يقبل الزيادة **وذكر** فخر الاسلام الا ان يكون مال المهدي قد زاد فبقدر
ما زاد ماله اذا زاد في الهدية لا باس بقبولها وهذا يقتضي ان لا تقبل الهدية من القريب الا اذا
كان له عادة بالمهاداة كغيره فان لم يكن للقريب قبل القضا عادة فاهدى بعد القضا لا يقبل وعبارة
الهداية مع القدوري حيث قال ولا يقبل الهدية الا من ذي رحم محرم او ممن له عادة قبل القضا
يفيد قبولها من القريب الذي ليس له عادة بالمهاداة قبل اذا لم تكن خصومة والوجه هو ظاهرها
ثم صرح في مسالة الدعوة عن شيخ الاسلام بانه لا فرق بين القريب والبعيد في انه لا يقبل هديته
الا اذا كان له عادة نعم يمكن ان يقال في القريب الذي ليس له عادة بمهاداته قبل القضا ان كان
ذلك لفقره ثم ايسر بعد ولايته قريبه فصار يهدي اليه جاز لان الظاهر ان المانع ما كان الا الفقر
وهذا على شبه قول فخر الاسلام في الزيادة اذا كثر ماله ثم اذا اخذ الهدية في موضع لا يباح اخذها
قيل يضعها في بيت المال لانها بسبب عمله لهم وعامتهم على انه يردها على اربابها ان عرفهم واليه
اشار في السير الكبير وان لم يعرفهم او كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم
اللقطة فان جاء المالك يوما يعطاها وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي وفي
شرح الاقطع الفرق بين الرشوة والهدية ان الرشوة يعطيه بشرط ان يعينه والهدية لا شرط
معها انتهى والاصل في ذلك ما في البخاري عن ابي حميد الساعدي قال استعمل النبي صلى الله
عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال هذا لكم وهذا لي
قال عليه السلام هلا جلس في بيت ابيه او بيت امه فينظر ايهدى له ام لا قال عمر بن عبد العزيز
كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ذكره البخاري
واستعمل عمر ابا هريرة فقدم بمال فقال له من اين لك هذا قال تلاحقت الهدايا فقال
له عمر اي عدو الله هلا قعدت في بيتك فتنظر ايهدى اليك ام لا فاخذ ذلك منه وجعله
في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ولهذا
لو زاد المهدي على المعتاد او كانت له خصومة كره عندنا وعند الشافعي هو محرم كالرشوة هذا
ويجب ان تكون هدية المستقرض للمقرض كالهدية للقاضي ان كان المستقرض له عادة قبل استقراضه
فاهدى الى المقرض فللمقرض ان يقبل منه قدر ما كان يهديه بلا زيادة **قوله** ولا يحضر دعوة الا

اذا كانت عامة يعني ولا خصومة لصاحب الوليمة العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه فلا يجيب
دعوته الا اذا كانت عامة ولا خصومة له وعن محمد يجيب قريبه وان كانت خاصة هكذا حكى
الخلاف الطحاوي وقال الخصاف يجيب الخاصة لقريبه بلا خلاف لصلة الرحم وعلى تقدير الخلاف
طولب بالفرق في القريب بين الهدية قال تقبل منه مطلقا ولم يفصل بين جري العادة وعدمه وفي
الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن قال شيخ الاسلام قالوا ما ذكر في الضيافة محمول
على ما اذا كان المحرم لم تجر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة واحدث بعد القضاء ذلك فاذا
كانت الحالة هذه فهو كالاجنبي سواء وما في الهداية محمول على انه كان تجري بينهما المهاداة وصلة
القرابة قبل القضا فاذا اهدى بعد القضا لا باس بقبوله انتهى فقيد الحال الى انه لا
فرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك الامكان الذي قدمناه واختلف
في الخاصة والعامة فقيل ما دون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة وقال المصنف
الخاصة هي التي لو علم المصنف ان القاضي لا يحضرها لا يتخذها والعامة هي التي يتخذها حضرها
القاضي او لا وعندي ان ما حكي عن القاضي ابي علي النسفي وهو ان العامة دعوة العرس والختان
وما سواهما خاصة حسن فان الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين وربما مضى عمر ولم يعرف
من اصطنع طعاما عاما ابتدا العامة الناس بل ليس الا هاتين الخصلتين والخصوص من الناس ولانه
اضبط فان معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع او يصنع غير محقق فانه امر مبطن وان كان
عليه لوائح ليس كضبط هذا ويكفي عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي والله اعلم
وعند الشافعي واحمد يحضر الولايم مطلقا لانه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي يقضي قلنا
كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلذا بعدت
قوله ويشهد الجنازة ويعود المريض المراد مريض لا خصومة له والا لا يعوده وانما وجب ذلك
لما روى مسلم عن ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حق المسلم على المسلم خمس رد السلام
وتشميت العاطس واجابة الدعوة وعيادة المريض واتباع الجنازة واذا استنصحك فانصح له
فهذه هي السادسة ورواه ابن حبان وقال فيه واذا عطس فحمد الله رواه البخاري في كتاب المفرد
في الادب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن انعم الافريقي قال كنا غزاة في البحر زمن معاوية فانضم
مركبنا الى مركب ابي ايوب الانصاري فشمته فلما حضر غداؤنا ارسلنا اليه فاتانا فقال دعوتموني
وانا صائم فلم يكن لي بد من ان اجيبكم لاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان للمسلم على
اخيه ست خصال واجبة ان ترك منها شيئا فقد ترك حقا واجبا عليه لاخيه يسلم عليه اذا لقيه
ويجيبه اذا دعاه ويشمته اذا عطس ويعوده اذا مرض ويحضره اذا مات وينصحه اذا استنصحه
ولا بد من حمل الوجوب فيه على الاعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث فان ظاهره وجوب الابتدا
بالسلام وكون الوجوب وجوب عين في الجنازة فالمراد به امر ثابت عليه اعم من كونه ندبا او وجوبا
بالاصطلاح **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه الاخر لما روى اسحق بن راهويه في
مسنده عن الحسن قال جاء رجل فنزل على علي رضي الله عنه فاضافه فلما قال اني اريد ان اخاصم
قال له علي رضي الله عنه تحول فان النبي صلى الله عليه وسلم نهانا ان نضيف الخصم الا ومعه خصمه

وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني ولان فيه تهمة الميل **قوله** واذا حضر سوى بينهما في الجلوس
والاقبال لما روى اسحق بن راهويه في مسنده انا بقية بن الوليد عن اسماعيل بن عياش ثني ابو بكر التيمي
عن عطا بن يسار عن ام سلمة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بالقضا بين المسلمين فليساو
بينهم في المجلس والاشارة والنظر ولا يرفع صوته على احد الخصمين اكثر من الاخر واخرجه الدارقطني
في سننه عن عباد بن كثير عن ابي عبيد الله عن عطا بن يسار عن ام سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم من
ابتلي بالقضا بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه واشارته ومقعده **وروى** عن عمر انه كتب الى ابي موسى
عبد الله بن قيس الاشعري ان آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك
ولا ييأس ضعيف من عدلك ولا تسار احدهما ولا تشير اليه ولا تلقنه حجته للتهمة ولان فيه مكسرة
لقلب الاخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجترئ به على خصمه ولا يمازحهم ولا
واحدا منهم لانه يذهب بمهابة القضا والمستحب باتفاق اهل العلم ان يجلسهما بين يديه ولا يجلس
واحدا عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به ابا بكر دون
عمر وفي ابي داود ان عبد الله بن الزبير خاصمه عمرو بن الزبير الى سعيد بن العاص وهو على السرير فقد
اجلس عمرو بن الزبير على السرير فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الاخر فقال هنا
فقال عبد الله الارض الارض قضا رسول الله صلى الله عليه وسلم او قال سنة رسول الله صلى الله
عليه وسلم ان يجلس الخصمان بين يدي القاضي **وفي** النوازل والفتاوي الكبرى يخاصم السلطان
مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه ينبغي القاضي ان يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان
فيه ويقعد هو على الارض ثم يقضي بينهما وهذه المسئلة تظهر ان القاضي يصلح قاضيا على السلطان
الذي ولاه والدليل عليه قصة شريح مع علي فانه قام واجلس عليا بمجلسه وينبغي للخصمين ان يجثوا
بين يديه ولا يتربعان ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المتعلم بين يدي المعلم
تعظيما له ويكون بعدهما عنه قدر ذراعين او نحو ذلك من غير ان يرفعا اصواتهما ويسند القاضي
ظهره الى المحراب وهذا رسم زماننا قالوا وهو احسن لانه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم
اما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الائمة الثلاثة
ويقف اعوان القاضي بين يديه ليكون اهيب واذا حضرا فالقاضي بالخيار ان شاء ابتدا فقال
ما لكما وان شاء تركهما حتى يبتدآ بالنطق وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير
ما بينهما فاذا تكلم المدعي اسكت الاخر حتى يفهم حجته لان في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس
القضا ثم يستنطق الاخر وان لم يسأل المدعي ذلك وقال لا الا بعد سؤال المدعي بان يقول له سله
لكي يتفكر في الدعوى ليظهر له صحتها والا قال له قم فصحح دعواك واذا صحت الدعوى يقول
فماذا تريد ان اصنع فان قال اريد جوابه ساله والاصح عندنا انه يستنطقه ابتداء للعلم
بالمقصود واذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تقديمهن معهم واختار محمد ان
يقدم في الدعوى الاول فالاول ويضع على ذلك امينا لا يرتشي ليعرفه السابق وليبكر على باب
القاضي ولا يكون عنده طمع ولو اشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل
معهم فان بالعجلة تنقطع الحجة ويذهل عنها ولهذا لا يخوفهم فيكون سببا لاخافة الناس والاكراه

مَا دَاوامن اخذ بواب القاضي شيا ليمكنه من الدخول وهو يعلم قالوا هو فساد عظيم ليس لاحد ان يمنع
احدا من التقدم الى القاضي في حاجة والماخوذ على ذلك رشوة محرمة وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في
زماننا نقيب القاضي قيل وينبغي ان يقوم بين يديه اذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم اليه معه
سوط يقال له الجلواز وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود تقرب من القاضي واعلم
ان القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا بل ان يجلسهما على ما ذكرنا فهذه ايضا من المحدثات
لما فيه من الحاجة اليه وعن ابن عمر انه كان اذا اسافر استصحب رجلا سيئ الادب فقيل له في ذلك فقال
اما علمت ان الشر بالشر يدفع والمقصود ان الناس يختلفوا لاحوال والاداب وقد حدث في هذه الازمان
امور وسفها فعمل بمقتضى الحال مرادا به الخير لاحشمة النفس المؤدي الى الاعجاب ولا حول ولا قوة
الا بالله ويستحب ان يكون فيه عبسه بلا عضب وان يلتزم التواضع في غير وهن ولا ضعف ولا يترك
شيا من الحق ويتخذ كاتبا امينا صالحا يكتب المحاضر والسجلات عارفا بها كيف يقع السجل فاسدا
بالاخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب
خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقها بخلاف عرف العادة اليوم
بمصر **قوله** ويكره تلقين الشاهد وهو ان يقول له القاضي كلاما يستفيد به الشاهد علما
عليه الايمة الثلثة وعن ابي يوسف وهو وجه للشافعي لا باس به لمن استولته الحيرة والهيبة
فترك شيا من شرايط الشهادة فيعينه بقوله اتشهد بكذا وكذا اشترط كونه في غير موضع التهمة اما
فيها بان ادعى المدعي الفا وخمسمائة والمدعى عليه ينكر الخمسمائة وشهد الشاهد بالف فيقول القاضي
يحتمل انه ابرا من الخمسمائة واستفاد الشاهد بذلك علما يوثق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا
لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين احد الخصمين وفي المبسوط ما قالاه عزيمة لان القاضي منهي عن
اكتساب ما يجر اليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه وقول ابي يوسف رخصة لانه لما
ابتلي بالقضا شاهد الحصر عند اداء الشهادة لان مجلس القضا يهاب فيضيع الحق اداء الشهادة
والحصر مضارع حصر من باب علم اذا امتنع عليه وضاق صدره به وتقدمت هذه اللفظة في كتاب
الصلوة وايضا امر باكرام الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق وهذا التلقين اعانة واكرام
حيث لا ينسب اليه القصور وقوله بمنزلة الاشخاص هو ارسال شخص ليأتي بخصمه يقال شخص
من بلد الى بلد اذا ذهب من حد منع قيل وتاخير قول ابي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على انه
مختار المصنف وهذا ابنا على ان قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي وقد
لا يلزم ويكفي كونه اخذ ليله في ذلك **وفي** فتاوي قاضيخان لا ينبغي للقاضي ان يبيع ويشتري
بنفسه بل يفوض ذلك الى غيره وبه قالت الايمة الثلاثة وعن احمد يتخذ وكيلا لا يعرف انه
وكيل القاضي تحرزا عن المحاباة وشرط شريح على عمر حين ولاه ان لا ابيع ولا اشتري ولا ارتشي وقال
بعض اشياخ المالكية ينبغي للقاضي ان يرتفع عن طلب العواري من الماعون والدابة وما اشبه
ذلك وعن محمد لا باس ان يبيع ويشتري في غير مجلس القضا وينبغي للخصوم اذا وصلوا ان لا
يسلموا على القاضي فان سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم فان رد يقتصر على قوله وعليكم ويخرج
في احسن ثيابه **فصل في الحبس** احكام القضا كثيرة قد ذكر منها ما ذكر ومنها الحبس الا انه

اختص باحكام كثيرة فافرده بفصل على حدته والحبس مشروع بالكتاب لانه المراد بالنفي المذكور بقوله
تعالى او ينفوا من الارض وبالسنة على ما سلف انه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة وذكر
الخصاف ان ناسا من اهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلا فبعث اليهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم فحبسهم ولم يكن في عهده صلى الله عليه وسلم وابي بكر سجن انما كان يحبس في المسجد والدهليز
حتى اشترى عمر رضي الله عنه دارا بمكة باربعة الاف درهم واتخذه محبسا وقيل بل لم يكن في زمن عمر
ولا عثمان ايضا الى زمن علي فبناه وهو اول سجن بني في الاسلام قال في الفايق ان عليا بنى سجنا
من قصب فسماه نافعا فنقبه اللصوص وتسيب الناس منه ثم بنى سجنا من مدر فسماه مخيسا وفي ذلك
يقول علي رضي الله عنه • الا تراني كيسا مكيسا • بنيت بعد نافع مخيسا • بابا حصينا واميرا كيسا •
والمخيس موضع التخييس وهو التذليل والكيس حسن التاني في الامور والمكيس المنسوب الى الكيس واراد
بالامين السجان الذي نصبه فيه والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا العيد ولا الجمعة
ولا الصلوة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض اهله ولو اعطى كفيلا بنفسه لانه شرع
ليضجر قلبه فيسارع للقضا ولهذا قالوا ينبغي ان يكون موضعا خشنا ولا يبسط له فراش ولا وطاء
ولا يدخل له احد يستانس به وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والاجداد والجدات والاولاد
وفي غيرهم لا وعليه الفتوى وفيه نظر لانه ابطال حق ادمي بلا موجب وموت الاب ونحوه غير مبطل
بنفسه نعم اذا لم يكن له من يقوم بحقوق دفنه فعل ذلك **وسئل** محمد عما اذا مات والده ايخرج
فقال لا ولو مرض في السجن فاضناه ان كان له خادم لا يخرج حتى يموت وان لم يكن له خادم يخرج لانه
قد يموت بسبب عدم الممرض ولا يجوز ان يكون الدين مفضيا للتسبب في هلاكه ولو احتاج الى الجماع
تدخل زوجته او جاريته فيطاها حيث لا يطلع عليه وقيل يمنع منه لان الجماع ليس من الحوائج الاصلية
ولا يمنع من دخول اهله وجيرانه للسلام عليه لانه قد يفضي الى المقصود من الايفاء بمشورتهم
ويمنعون من طول المكث والمال الغير مقدر في الحبس فيحبس في الدرهم وما دونه لان ظلمه يتحقق بمنع ذلك
قوله واذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه حتى يامره بدفع ما
عليه لان الحبس جزاء المماطلة بقوله صلى الله عليه وسلم لي الواجد يحل عرضه وعقوبته رواه ابو
داود وفسر عبد الله بن المبارك احلال عرضه باغلاظ القول له وعقوبته فلا يستحق المال به من ظهور
المماطلة ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالاقرار لعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال وانما يظهر اذا امره
بعد اقراره فامتنع اما اذا ظهر بالبينة فيحبسه كما ظهر لظهور المماطلة بانكاره وفي الفوايد الظهيرية
وعن شمس الايمة السرخسي عكس هذا وهو انه اذا ثبت بالبينة لا يحبسه لاول وهلة لانه يعتذر بانى ما
كنت اعلم ان علي دينا له بخلافه بالاقرار لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى احوجه الى الشكوى وعلى قول
الخصاف لا يحبسه حتى يامره بالاقرار والبينة **قوله** فان امتنع اي بعد امره بقضائه حبسه
في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة
لانه اذا ثبت المال في يده ثبت غناه به والمراد بالغنى القدرة على الايفاء والا فالدين قد يكون
دون النصاب وعسرته يعني اذا دخل المال في يده ثبتت قدرته على ايفائه وما لم يكن بدل مال لكنه
لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لان اقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك المال دليل القدرة عليه

صلية

يحبسه ولا يسمع قوله اني فقير لانه كالمناقض لوجود دلالة اليسار ولا يحبسه فيما سوى هذين النوعين
اذا قال اني فقير الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه حينئذ لانه وجد دلالة اليسار اي قدرته
على الدين المدعى به هكذا ذكر في الكتاب ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك اي فيما كان بدل
مال او لزمه بعقد او حكما لفعله لا لعقد كالاتلاف وضمان الغصب وهو قول الخصاف لان الاصل
هو العسرة في كل احد لانه خلق عديم المال ولهذا قال اذا ثبت الحق فلا يحبسه حتى يسأله الك مال
او لا فان قال لا استحلفه فان نكل حبسه وان حلف اطلقه الا ان يقيم المدعي البينة على قدرته وعندنا
يحبسه ولا يسأله فان قال انا فقير حينئذ ينظر ويروى ان القول له اي للمديون الا فيما بدله مال
كالقرض وثمن المبيع بخلاف المهر والكفالة فان القول فيهما قول المدعي ونصب الخصاف هذا القول
لابي حنيفة وابي يوسف ومن العلماء من قال يحكم الزي ان كان بزي الفقراء فالقول قوله في الفقر الا ان
المدعي قدرته وان كان بزي الاغنياء فالقول للمدعي الا في الفقهاء والعلوية والعباسية لا يحكم الزي فيهم
لانهم يتكلفون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زي الفقراء فادعى
المدعي انه غير زيه وقد كان عليه زي الاغنياء قبل ان يحضر في مجلس الحكم فان القاضي يسأل المدعى
عليه البينة على ذلك فان اقام البينة انه كان عليه زي الاغنياء جعل القول قول المدعي فان لم يقدر
على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المديون وكلما تعارضت بينتا اليسار والاعسار قدمت
بينة اليسار لان معها زيادة علم اللهم الا ان يدعي المدعي انه موسر وهو يقول اعسرت بعد ذلك
واقام بذلك بينة فانها تقدم لان معها علما بامر حادث وهو حدوث ذهاب المال ثم ذكر المصنف
مسئلتين محفوظتين نصا عن اصحابنا بلا خلاف احديهما ان المراة اذا ادعت انه موسر لتاخذ نفقة اليسار
وقال انه معسر ليعطي نفقة الاعسار ان القول للزوج الثانية احد الشريكين اذا اعتق نصيبه وزعم
انه معسر فلا يضمن للساكت شيا ولكن يستسعي العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول
المعتق قال المصنف والمسئلتان يؤيدان القولين الاخيرين يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع
ذلك وقول القائل لمن عليه الا فيما بدله مال اما تاييدهما الاول فلانه جعل القول قول الزوج
والمعتق فلو كان الصحيح المذكور كان القول للمراة والشريك الساكت في دعوى اليسار واما تاييدهما
الثاني فلانه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتق مالا جعل القول قول من عليه فعلم بهذا ان الصحيح هو
القولان الاخيران كذا في النهاية ومنهم من استروح في الاول فقال اما تاييدهما القول من قال
القول له في جميع ذلك فظاهر وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية ولا يخفى انهما يبطلان القول المفصل
في الكتاب بين كون الدين ملتزما بمال او بعقد فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول
للمطلوب فان البدل فيهما ملتزم بعقدها او شبهه وهو الفعل الحسي الموضوع سببا اعني العتق فيؤيدان
القول الاخير وهو ان القول للمديون الا فيما بدله مال كان البدل في المسئلة ليس فيجعل القول
للمديون فايد القول بان ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وان التزمه بعقد ثم هذه
الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوهم انه يفيد الشمول والا فلم
يلزم من كون القول للمطلوب فيما اذا التزم بعقد والبدل ليس بمال كون القول له في جميع الديون
كما في النهاية والدراية وغيرهما من قوله بعد توجيه التاييد وكان الصحيح هما القولين تساهل

ظاهر وكيف يمكن ان يجمع بينهما في الصحة وهما متنافيان فان كون القول للمطلوب في الكل اذا كان هو الصحيح لا
يكون القول المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي او غير مال فالقول للمطلوب صحيحا فالذي لا شبهة
فيه انما بطلان القول المذكور في الكتاب ليس بغير وجواب المصنف عن الابطال المذكور بان دين النفقة
وضمان العتق ليس بدين بل هو صلة واجبة ولذا اسقطت النفقة بالموت بالاتفاق وكذا ضمان الاعتاق
عند ابي حنيفة وهكذا معنى قوله والمخرج على ما قال في الكتاب الى اخره فلم يرد انتقاض فيرجح قول الكتاب
المفصل على قوته وثبوته ثم فيما اذا كان القول قول المدعي ان له مالا او ثبت ذلك بالبينة يحبس المديون
شهرين او ثلثة يسال عنه فالحبس لظهور المماطلة ثم انما يحبس مدة ليظهر ماله فيؤدي ما عليه فلا بد ان تكون
المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره وهو شهران او ثلثة وهو رواية محمد عن ابي حنيفة في
كتاب الحوالة والكفالة ويروى غير ذلك من التقدير بشهر وهو اختيار الطحاوي لان ما زاد على الشهر
في حكم الاجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار ادنى الاجل شهرا والاقصى غاية له فيقدر بالشهر
وروي او اربعة اشهر الى ستة اشهر وهو رواية الحسن ما بين اربعة اشهر الى ستة اشهر عن ابي حنيفة
قوله والصحيح الى اخره ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصدر الشهيد فالتقدير في هذا غير معتبر
بل هو مفوض الى راي القاضي اذ المقصود بالحبس ان يضجر قلبه فيقضيه ان كان له مال وهذا يختلف
باختلاف الناس ان غلب على ظن القاضي بعد مدة انه لو كان له مال فرج عن نفسه يسال عنه جيرانه
واهل الخبرة به فان شهد عنده شاهدان انه قادر على قضاء الدين ابد حبسه وان قالوا انه ضيق
الحال اطلقه ولو راى ان يسال قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك واما السؤال قبل الحبس وقبول
بينة الاعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد في رواية تقبل قبل الحبس وبه افتى محمد بن الفضل
واسماعيل بن حماد بن ابي حنيفة وهو قول الشافعي واحمد والاكثر على انها لا تقبل قبل الحبس وهو قول
مالك والاصح فان بينة الاعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تتايد بمؤيد وبعد مضي المدة تايدت
اذ الظاهر انه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارته واعلم ان سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط
والا فبعد مضي المدة التي يغلب ظن القاضي انه لو كان له مال دفعه وجب اطلاقه ان لم يقم المدعي بينة
يساره من غير حاجة الى سؤال واليه يشير قوله فان لم ينكشف له مال خلى سبيله ولو طلب المديون
يمين المدعي انه ما يعلم انه معسر حلف فان نكل اطلقه ولو قبل الحبس فان حلف ابد حبسه ولا شك
ان معناه ما لم يقم بينة على حدوث عسرته قال ابو القاسم في كيفية شهادة الاعسار ان يقول اشهد انه
مفلس لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اختبرنا امره سرا وعلانية بخلاف ما
اذا مضت المدة فسال فانه يكفي الواحد العدل في اخباره بالعسرة والاثنان احوط ولا يشترط لفظة
الشهادة ذكر في باب الحبس من كفالة شيخ الاسلام قوله وفي الجامع الصغير رجل اقر بدين عند
القاضي فانه يحبسه ثم يسال عن حاله انما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قدمه من قوله اذا ثبت الدين
بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة فان هذا ظاهر في وصل الحبس بالاقرار فذكره ليأول بقوله ومراده اذا
اقر عند غير القاضي وعنده مرة وظهرت مماطلته فرافعا الى القاضي فانه يحبسه بمجرد جوابه ان لم
يعطه الى الآن شيئا قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ويتحقق ذلك بان
تقدمه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وان كان مقدار النفقة قليلا كالدانق اذا راى القاضي ذلك

فاما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم تحبسه لان العقوبة تستحق بالظلم والظلم بالمنع بعد الوجوب
ولم يتحقق وهذا يقتضي انه اذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي اذا قدمته في اليوم الثاني
ان يامره بالانفاق فان رجع فلم ينفق اوجعه عقوبة وان كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو
ظالم لها وهو قياس ما اسلفناه في باب القسم من قولهم اذا لم يقسم لها فرفعته يامره بالقسم وعدم الجور
فان ذهب ولم يقسم فرفعته اوجعه عقوبة وان كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويجعل بدل الضرر
كبير **قوله** ولا يحبس والد في دين ولده لانه عقوبة ولا يستحق الوالد العقوبة لاجل الولد لان الكتاب نفى
لما حرم كان الحبس حراما لانه فوقه وكذا لا يحد له اذا قذفه ولا يقتص منه اذا قتله اما اذا امتنع
عن الانفاق عليه فانه يحبس وكذا كل من وجبت عليه النفقة فابى عن الانفاق ابا كان او اما او جدا
لان في ترك الانفاق سعيا في هلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصده الى اهلاك الولد ولانه لا يتدارك
لسقوطها اي لسقوط النفقة بمضي الزمان بخلاف الدين فانه لا يسقط وفي الذخيرة والعبد لا يحبس لمولاه
لان المولى لا يستوجب عليه دينا ولا المولى لعبده الماذون غير المديون لان كسبه لمولاه فكيف يحبس له
فان كان عليه دين حبس لانه للغرما في التحقيق ويحبس مولى المكاتب اذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة
لان في الحبس له حق اخذه فاذا اخذ يلتقيان قصاصا وفي غير جنسه لا تقع المقاصة والمكاتب في اكسابه
كالحر فله حق المطالبة فيحبس بمطله اما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لانه بالامتناع لا يصير
ظالما ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لانه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية وعن
بعض مشايخنا انه سوا لانه يتمكن من اسقاطه بتعجيز نفسه فيسقط الدين عنه لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وفي ظاهر الرواية ان بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف ساير الديون

باب كتاب القاضي الى القاضي

هذا ايضا من احكام القضا غير انه لا يتحقق في الوجود الا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة الى التحقيق
والعمل بكتاب القاضي الى القاضي على خلاف القياس لانه لا يزيد على اخباره بنفسه والقاضي لو اخبر
قاضي البلد الاخرى بانه ثبت عنده ببينة قبلها حق فلان الكاين في بلد القاضي الاخر لم يجز العمل به
لان اخبار القاضي لا يثبت حجة في غير محل ولايته فكتابه اولى ان لا يعمل به لكنه جاز باجماع الصحابة
والتابعين لحاجة الناس الى ذلك فان الانسان قد لا يقدر على ان يجمع بين شهوده والمدعى عليه بان
كانا في بلدين فجوز اعانة على ايصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به بما فيه من شبهة التزوير
فان الخط والختم يشبه الخط والختم فلم يعتد بذلك لان هذه الشبهة منتفية باشتراط شهادة الشهود
على نسبة ما فيه الى القاضي المرسل وانه ختمه وقيل اصله ما روى الضحاك بن سفيان انه عليه السلام
كتب ان ورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها رواه ابو داود والترمذي واجمع الفقها عليه
لا يقال لا نسلم مساس الحاجة الى كتاب القاضي لان الشاهدين على الكتاب يجوز ان يشهدا على شهادة
الاصول ويودون عند القاضي الثاني فلم يحتج اليه لانا نقول في الشهادة على الشهادة يحتاج القاضي
الثاني الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك في بلده وفي الكتاب يستغنى عن ذلك لانه يكتب بعدالة
الذين شهدوا عنده **قوله** ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي التي تثبت مع الشبهات
بخلاف الحدود والقصاص اذا شهد به اي بالكتاب عند القاضي المكتوب اليه على ما يبين من الشهود

فيه ما هو عن قريب ثم فصل فقال فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة يريد بالخصم الحاضر من كان
وكيلا من جهة المدعى عليه او مسخرا وهو من ينصبه القاضي وكيلا عن الغايب ليسمع الدعوى عليه والا
لو اراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة الى الكتاب الى القاضي الاخر لان الخصم حاضر عند هذا
القاضي وقد حكم عليه واذا حكم كتب بحكمه الى قاضي البلد التي فيها الموكل ليقضي منه الحق وهذا
الكتاب المتضمن للحكم هو المدعو سجلا في عرفهم وان شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم لانه حينئذ قضا
على الغايب وانما يكتب بالشهادة الى القاضي الاخر ليحكم هو بها وهذا هو الكتاب الحكمي في عرفهم
نسبوه الى الحكم باعتبار ما يوول وهو في الحقيقة نقل الشهادة الى ذلك القاضي وسنذكر شروط
الحكم من القاضي الثاني به والفرق بين الكتابين ان السجل يلزم العمل وان كان المكتوب اليه لا يرى ذلك
الحكم لصدور الحكم في محل مجتهد فيه والكتاب الحكمي لا يلزم اذا كان يخالفه لانه لم يقع حكم في محل
اجتهاد فله ان لا يقبله ولا يعمل به ويندرج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة
المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف غير محتاج الى الاشارة واستشكل
بان في دعوى النكاح لا بد من الاشارة الى الرجل والى المراة وكذا في الامانة والمغصوب فكانت هذه
بمنزلة الاعيان المدعى بها واجيب بان المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه وذلك لا يحتاج الى الا
لانها من الافعال وان كان يلزم في ضمنه الاشارة الى الرجل والمراة اذ كل خصم والاشارة الى الخصم
شرط ولا يخفى ما فيه لان الاشارة اذا لزمته باي طريق فان ضمنا او قصدا يتعذر على شهود القاضي
الكاتب فالحق ان الاشارة لا تلزم من الاصول الى الخصم الغايب بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص
والنسب والشهرة فاذا وصل الكتاب هناك رفع التعيين كما سنذكر ان شاء الله تعالى فيكتب فيها كما
يكتب في الدين ويقبل في العقار ايضا اذا بين حدوده الاربع لان التعريف يحصل به ولا يقبل في
الاعيان المنقولة كالحمار والثوب والعبد للحاجة الى الاشارة فيها وعن ابي يوسف انه يقبل في
العبد دون الامة لغلبة الاباق في العبيد لانه يخدم خارج البيت فاباقه متيسر فلمساس الحاجة
فيه جوزه بخلاف الامة لانها داخل البيت فلا يتيسر اباقها تيسره له وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل
من الدواب والثياب والاما عليه المتاخرون ونص الاسبيجابي على ان الفتوى عليه وبه قال مالك
واحمد والشافعي في قول فان المانع منه ما كان الا الحاجة الى الاشارة في الاعيان وهي غايبة في
بلد المكتوب اليه ولا شك ان في الدين ايضا لا بد من الاشارة الى المديون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفي
باسمه وشهرته في الاثبات عليه وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه وما ذاك الا لان عند القضا
من الثاني يتحقق معنى الاشارة والتعيين ويتبين ذلك بايراد الصور فصورة الدين اذا شهدوا
على فلان بن فلان الفلاني ان يكتب كما ذكره الحسن في المجرد من فلان قاضي كورة كذا الى فلان
قاضي كورة كذا سلام عليك فاني احمد اليك الله الذي لا اله الا هو اما بعد فان رجلا اتاني يقال
له فلان بن فلان وذكر ان له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في المجرد يقال له فلان بن فلان
الفلاني ولا بد منه كما سنذكر وسالني ان اسمع بينته واكتب اليك بما يستقر عندي من ذلك فسالته
البينة فاتى بعده منهم فلان وفلان وفلان وتحليهم ونسبهم فشهدوا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني
على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما دينا حالا وسالني ان احلفه بالله ما قبض منها ولا قبضه له قابض

بوكالة ولا احال بشيء منها وحلفته ويحلف بالله الذي لا اله الا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت
به البينة عندي ولا قبضه له وكيل ولا احاله ولا قبضه له قابض ولهاله عليه فسالني ان اكتب له
كتابا اليك بما استقر عندي من ذلك فكتبت اليك هذا الكتاب واشهدت عليه شهودا انه كتابي وختمي
وقراته على الشهود قال ثم يطوي الكتاب ويختم عليه فان ختم عليه شهوده فهو اوثق ثم يكتب عليه عنوان
الكتاب من فلان قاضي كورة كذا الى فلان قاضي كورة كذا ثم يدفعه الى المدعي فان اتى به المدعي القاضي
الذي بالكورة فذكر ان هذا كتاب القاضي اليه ساله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي ان يسمع بينة المدعي
حتى يحضر الخصم فاذا احضره واقر انه فلان بن فلان الفلاني قبل بينته وسمع منه فان انكر قال له جئني
بالبينة ان هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء بها وعدلوا سمع بينة المدعي حينئذ على ان هذا كتاب القاضي
الذي ذكره فيقول لهم اقرا عليكم ما فيه فاذا قالوا اقراه علينا واشهدنا ان هذا كتابه وختمه فاذا سمع
منهم لا يفك الخاتم حتى يسال عنهم فاذا عدلوا لم يفكه ايضا حتى يحضر الخصم فاذا احضر فكه وقراه عليهم
وعليه فان اقر الزمه اياه وان انكر قال الك حجة والا قضيت عليك فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كان
له حجة قبلها وان قال لست انا فلان بن فلان الذين شهد واعليه بهذا المال يريد بل هو آخر قال له هات
بينة ان في هذه الصناعة او القبيلة رجلا ينتسب مثل ما تنتسب اليه والا الزمتك ما شهد به فان جاء
ببينة على ان في تلك القبيلة او الصناعة من ينتسب مثل ما نسب اليه ابطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة
او الصناعة احد على اسمه واسم ابيه قضى عليه انتهى فقد علمنا ان التعيين الذي هو المقصود بالاشارة
يحصل باخرة الامر قبل القضاء عليه وفي هذه الصورة مواضع وان كانت ظاهرة ننبه عليها منها قوله في
شهود الكتاب منهم فلان وفلان وحليهم ونسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها وقالوا لو كتب واقام
شهودا عدولا ولا عرفهم بالعدالة او سالت عنهم فعدلوا اكتفى عن تسميتهم ونسبتهم وعندي لا بد ان يقول الجواد
عدولا اذا لم يسمهم والذي يظهر من كلام محمد وغيره انه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاه وحرفته
ان تاجرا فتاجر او مزارعا فمزارع والمقصود تتميم تعريف الشهود ثم يذكر انه عرفهم بالعدالة او عدلوا
لان الخصم اذا احضره الثاني فلا يكون له مطعن فيهم او في احدهم فلا بد من تعيينهم له ليتمكن من الطعن
ان كان والا فيقول سموهم لي فاني قد يكون لي فيهم طعن ومنها قوله الى فلان قاضي كورة كذا انما يصح اذا
كان القاضي واحدا فان كان لها قاضيان لا يصح ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان تم التعريف
في قولهما وعنده لا بد من ذكر الجد وكذا الخلاف لو ذكر قبيلته او صناعته وان ذكر اسمه ولم يذكر اسم الاب
لكن نسبه الى قبيلته او فخذه فقال فلان التميمي وما اشبهه لا يكون تعريفا بالاتفاق وان كان مشهورا
لا يحتاج الى هذا وقيل ولا بد ان يذكر ادعى المدعي انه غائب عن هذا البلد مسيرة سفر لان بين العلماء
اختلافا في المسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي فجماعة من مشايخنا قالوا لا يجوز فيما دون مسيرة السفر
وبه قال الشافعي واحمد في وجه وحكى الطحاوي عن ابي حنيفة واصحابه انه يجوز فيما دون مسافة القصر
وقال بعض المتاخرين هذا قول ابي يوسف ومحمد وبه قال مالك والذي يقتضيه مذهب ابي حنيفة
انه لا يجوز كالشهادة على الشهادة ومنها ختم الشهود ليس بلازم بل هو اوثق كما قال ومنها قوله وعدلوا فانه
لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيذكر وان كان شيء دارا في بلد كذا في محلة كذا
وذكر حدودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام ولو ذكر ثلاثة حدود كفى استحسانا

خلافا لزفر ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب وصورة كتاب العبد الآبق من مصر بعد العنوان والسلام
شهد عندي فلان وفلان بان العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته
كذا ملك فلان المدعي وقد ابق الى الاسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين
مسافرين الى الاسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيذكر فاذا وصل وصل القاضي ما تقدم وفتح الكتاب دفع العبد
الى المدعي من غير ان يقضي له به لان الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعي لم يشهدوا بحضرة العبد وياخذ
كفيلا بنفس العبد من المدعي ويجعل خاتما من القاضي في عنق العبد ولا حاجة الى هذا الا لدفع من يتعرض له
وينهمه بسرقته فاذا لم يكن له حاجة ويكتب كتابا الى قاضي مصر ويشهد على كتابه على ما عرف فاذا وصل
الكتاب اليه فعل ما يفعل المكتوب اليه ثم يامر المدعي ان يحضر شهوده ليشهدوا بالاشارة الى العبد انه ملكه
فاذا شهدوا قضى له به وكتب الى قاضي الاسكندرية بما ثبت عنده ليبرا كفيله وفي بعض الروايات ان قاضي مصر
لا يقضي بالعبد للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي الاسكندرية فيه ما جرى عنده ويشهد
على كتابه وختمه ويرد العبد معه اليه ليقضي بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرا الكفيل وصورته
في الجواري كما في العبد الا ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي بل يبعثها على يد امين لاحتمال
انه اذا ارسلها مع المدعي يطاها لاعتماده انها ملكه قال في المبسوط ولكن ابو حنيفة ومحمد لا يجوزان
فيه بعض القبح فانه اذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستعمله فياكل من غلته قبل ان يثبت ملكه فيه بالقضاء
وربما يظهر العبد لغيره ولا يخفى ان ضم محمد مع ابي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه وكلامنا على الرواية
عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والايمة الثلثة واذا عرفت هذا فالزوجة المدعي باستحقاقها
في بلد القاضي المكتوب اليه لا بد ان يجعل من قبيل الامة فيجري فيها ما جرى فيها لانه يبعد ان يجري مجرى
الديون لانها اذا قالت لست انا فلانة المشهود على انها زوجة المدعي المذكور ولم يقدر على بينة ان في قبيلتها
من هو على اسمها ونسبها ان تدفع الى المدعي يطاوها **قوله** ولا يقبل الكتاب اي لا يقبل المكتوب اليه الكتاب
الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين على انه كتاب القاضي فلان الكاتب وانه ختمه وان فيه كذا وكذا ولا بد
من اسلامهما فلا تقبل شهادة الذميين على كتاب قاضي المسلمين ولو كان الكتاب لذمي على ذمي لانهم يشهدون
على فعل المسلم وهذا لان قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة اذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم
خصوصا الانكحة والوصايا وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه
وكذا الحسن فاسند الخصاف الى عمر بن ابي زائدة او عمه قال جئت بكتاب من قاضي الكوفة الى اياس بن معاوية
فجئت وقد عزل واستقضى الحسن فدفعت كتابي اليه فقبله ولم يسالني البينة عليه ففتحه ثم نشره
فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجلين من اهل البصرة بخمس مائة درهم فقال للرجل يقوم على راسه اذهب
بهذا الى زياد فقل له ارسل الى فلان فخذ منه خمس مائة درهم وادفعها الى هذا وبه قال ابو ثور والاصطخري
من الشافعية وابو يوسف في رواية ومالك في رواية فالشرط عندهم ان يكون المكتوب اليه يعرف خط القاضي
الكاتب وختمه قياسا على كتاب الاستيمان وعلى رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي الى القاضي قلنا
الفرق ان هذا نقل ملزم اذ يجب على القاضي المكتوب اليه ان ينظر فيه ويعمل به ولا بد للملزم من الحجة
وهو البينة بخلاف كتاب اهل الحرب فانه ليس ملزما اذ للامام ان لا يعطيهم ما طلبوه وله ان لا وانما
الرسول فلان التزكية ليست ملزمة وانما الملزم هو البينة واما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه

حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلان غاية رسوله ان يكون كنفسه وقدمنا انه لو ذكر في كتابه لذلك القاضي
لا يقبله وكان القياس في كتابه كذلك الا انه اجيز باجماع التابعين على خلاف القياس فاقتصر عليه فان قلت كيف
عمل الحسن بالكتاب وهو لم يثبت الا الى قاض اخر غيره فالجواب يجوز ان يكون كتب الى اياس القاضي بالبصرة والى
كل قاض يراه من قضاة المسلمين فانه اذا كتب كذلك كان لكل قاض وقع اليه ان يعمل به بلا خلاف بخلاف
ما لو كتب من الاول الى مبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز العمل به لاحد من القضاة واجازه ابو يوسف
ايضا قال في الخلاصة وعليه عمل الناس اليوم **فرع** يجوز على كتاب القاضي الشهادة على الشهادة كما جاز
فيه شهادة النسا لانه يثبت مع الشبهات ولو كتب القاضي الى الامير الذي ولاه اصلح الله امر الامير
ثم قص القصة وهو معه في المصر فجاء به ثقة يعرفه الامير ففي الفتاوى لا يقبل لانه يجب العمل بالبينة
ولانه لم يذكر اسمه واسم ابيه وفي الاستحسان يجوز للامير ان يمضيه لانه متعارف ولا يليق بالقاضي ان
ياتي في كل حادثة الى الامير ليخبره ولانه لو ارسل اليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارته في جواز
العمل به فكذا اذا ارسل كتابه ولم يجز الرسم في مثله من مصر الى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب القاضي الى
القاضي **قوله** ويجب ان يقرا الكتاب عليهم شروع في بيان الشروط الموعود بذكرها في قوله وبخصص شرايط
نذكرها والحاصل ان شهد الشهود على ما في الكتاب فلا بد حينئذ من ان يقراه عليهم او يعلمهم ما فيه اي
باخباره لانه لا شهادة بلا علم بالمشهود به كما لو شهدوا ان هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا
بما تضمنه من الدين واشتراط علمهم بما في الكتاب قول ابي حنيفة ومحمد والشافعي واحمد ومالك في رواية
ومن ان يشهدوا انه ختمه وذلك بان يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم وهذا عند ابي حنيفة ومحمد ولا بد
ان يكون الكتاب معنونا اي مكتوب فيه العنوان الذي قدمناه وهو اسم الكاتب واسم المكتوب اليه ونسبهما
والشرط العنوان الباطن فان لم يوجد وكان معنونا في الظاهر لا يقبله لتهمة التغيير وعن هذا قيل ينبغي
ان يكون معهم نسخة اخرى مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب فانه لا بد من التذكر من وقت الشهادة
الى وقت الاداء عندهما وقال ابو يوسف اخرا شي تلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه
بعد ما كان اولا يقول كقول ابي حنيفة وعن ابي يوسف ايضا ان الختم ليس بشرط ايضا رخص في ذلك لما
ابتلي بالقضا وليس الخبر كالمعاينة وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي ولا شك عندي في صحته فان الغرض اذا
كان عدالة الشهود وهم حملة الكتاب فلا يضر كونه غير مختوم مع شهادتهم انه كتابه نعم اذا كان الكتاب
مع المدعي ينبغي ان يشترط الختم لاحتمال التغيير الا ان يشهدوا بما فيه حفظا فالوجه ان كان الكتاب مع
الشهود ان لا يشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم وان كان مع المدعي
اشترط حفظهم لما فيه فقط ومن الشروط ان يكتب فيه التاريخ فلو لم يكتب لا يقبل وذلك لينظر هل هو
كان قاضيا في ذلك الوقت اولا وكذا لو شهدوا على اصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لا يقبل وفي خزانة
الفقه يجوز كتاب القاضي الى القاضي في المصرين ومن قاضي المصر الى قاضي رستاق ولا يجوز من قاضي رستاق
الى قاضي مصر انتهى والذي ينبغي ان تعتبر عدالة شهادة شهود الاصل والكتاب لا فرق ولو كان العنوان
من فلان الى فلان او من ابي فلان الى ابي فلان لا يقبل لان مجرد الاسم او الكنية لا يتعرف به الا ان يكون
الكنية مشهورة مثل ابي حنيفة وابن ابي ليلى وكذلك النسبة الى ابيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلي بن ابي طالب
وقيل تقبل الكنية المشهورة كابي حنيفة على رواية ابي سليمان ولا يجوز في ساير الروايات لان الناس يشتركون

في الكنى غير ان يشتهر بها فلا يعلم المكتوب اليه ان المكني هو ذلك الذي اشتهر بها او غيره بخلاف ما لو
كتب الى قاضي بلدة كذا فانه في الغالب يكون واحدا فيحصل التعريف بالاضافة الى محل الولاية ولم
يشترط ابو يوسف العنوان ايضا بل اذا كان معنونا وكان مختوما وشهدوا بالختم كفى **قوله** واذا وصل
الى القاضي لم يقبله الا بحضرة الخصم كما ذكرنا فيما تقدم والمراد انه لا يقراوه الا بحضوره لا نحو
قبوله فانه لا يتعلق به حكم وترتيب الحال انه اذا وصل المدعي الى القاضي جمع بينه وبين خصمه
فان اعترف استغنى عن الكتاب وان انكر قال له هل لك حجة فاذا قال معي كتاب القاضي الى طالبه
بالبينة عليه فاذا احضروا احضر خصمه ان لم يكن حاضرا فيشهدون بحضرته انه كتاب القاضي سلمه
الينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فحينئذ افكه وقراه عليه وانما لم يقراه الا بحضوره لانه اي الكتاب
في المعنى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان القاضي ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى المكتوب اليه كما
ان شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الاصل بعبارته بخلاف القاضي الكاتب فانه يسمع من الاصول
الشهادة وان كان الخصم المدعى عليه غايبا لان سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع
لشهادة الاصل وفي التحمل لا يشترط حضور الخصم كذا هنا وهذا كله قول ابي حنيفة ومحمد وعلمت
ان قول ابي يوسف الاكتفا بشهادة انه كتابه وختمه ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة في شهود الكتاب
للفتح حيث قال فاذا شهدوا الى اخره فتحه ولم يقل فاذا شهدوا وعدلوا قال المصنف والصحيح انه يفض
الكتاب بعد ثبوت العدالة ذكره الخصاف واحترز به عما ذكر في المغني فانه قال فيه وذكر الخصاف لا
يفتح قبل ظهور العدالة ثم قال ما ذكره محمد اصح اي يجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بانه كتابه ووجه
المصنف بما ذكره الخصاف من انه ربما يحتاج الى زيادة الشهود بان ارتاب فيها ولا فيقبول رد في
ولا يمكن اداء الشهادة من المزيدين الا حال قيام الختم **فرع** لو سمع الخصم بوصول كتاب الى القاضي
الى قاضي بلدة فهرب الى بلدة اخرى كان للقاضي المكتوب اليه ان يكتب الى قاضي تلك البلدة بما ثبت
عنده من كتاب القاضي فكما جوزنا للاول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للحاجة ولو كتب فلم
يخرج من يده حتى رجع الخصم ليحكم عليه بتلك الشهادة التي سمعها من شهود الكتاب بل يعيد المدعي
شهادتهم لان سماعه الاول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضا وانما يستفيدها لو كان الخصم حاضرا
وقت شهادتهم **قوله** وانما يقبله المكتوب اليه هذا شرط اخر لقبول الكتاب والعمل به وهو ان يكون
القاضي الكاتب على قضايه الى ان يمضي امر الكتاب فلو انه مات او عزل قبل ان يصل الى المكتوب اليه
او خرج عن اهلية القضا بجنون او عمى قالوا او فسق وانما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب
وقال ابو يوسف والشافعي يعمل به وبه قال احمد لان كتاب القاضي كالشهادة على الشهادة لانه ينقل
به شهادة الذين شهدوا عنده الى المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فكان شهود الفرع اذا ماتوا
بعد اداء الشهادة قبل القضاء او مات الاصل بعد اداء الفرع فانه لا يمنع القضا وحاصل الجواب
في الذخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقروه لان هذا النقل بمنزلة القضاء ولهذا
لا يصح الا من القاضي فلا يتم الا بوجوب القضا ولا يجب الا بقراته ولهذا تبين ان العبارة الجيدة ان يقال
لو مات قبل قراة الكتاب لا قبل وصوله لان وصوله قبل ثبوته عند المكتوب اليه وقراته لا يوجب عليه شيا
فقول المصنف لحق بواحد من الرعايا يعني قبل تمام القضا ولهذا لا يقبل اخباره قاض اخر غير المكتوب اليه

في غير عملها او غير عملها ولو كان على قضايه لانه بالنسبة الى العمل الاخر لواحد من الرعايا غير ان الكتاب خص
من ذلك بالاجماع ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب اليه هكذا ذكر في ظاهر الرواية
وكذا لو مات المكتوب اليه او عزل وولي غيره لا يعمل الثاني قام مقامه عندنا الا اذا كتب الى فلان القاضي
ببلد كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لا غيره صار تبعا له وقد قدمنا ما هنا وقال الشافعي
واحمد يعمل به لان المعول عليه شهادة الشهود على ما تحملوه ومن تحمل وشهد وجب على كل قاض الحكم بشهادتهم
وصار كما لو كتب والى كل قاض وصل اليه واجيب بان الكاتب لما خص الاول بالكتابة فقد اعتمد على علمه
وامانته والقضاة متفاوتون في اداء الامانة فصح التعيين بخلاف ما اذا اردفه بقوله والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين لان هناك اعتمد على علم الكل وامانتهم فكان الكل مكتوبا اليهم معينين اما لو كتب
ابتداء الى كل من يصل اليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقدمنا انه اجازه ابو يوسف وهو مذهب
الشافعي واحمد ومنعه ابو حنيفة والظاهر ان محمدا مع ابي حنيفة والوجه قول ابي يوسف لان اعلام
المكتوب اليه وان كان شرطا فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الاجمال والتجهيل فصار
قصدية وتبعية سوا ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه سواء كان تاريخ المكتوب
قبل موت المطلوب او بعده ولا خلاف فيه **قوله** ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص
وهو قول للشافعي وفي قول اخر يقبل وهو قول مالك واحمد لان الاعتماد على الشهود وقد شهدوا قلنا
ان فيه اي في كتاب القاضي شبهة البدلية وصار كالشهادة على الشهادة لا يقام بها الحد لان مبنى الحدود
والقصاص على الاسقاط بالشبهات وفي قبول الكتاب سعي واحتياط في اثباتهما وعرف من تقريرنا
ان المعنى على عدم الواو في قوله ولان مبناهما الى اخره والله اعلم واعلم انك ربما تطلع على فروع
كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها في رجل وامراة ادعيا ولدا
وقالا هو معروف النسب منا وهو في يد فلان استرقه في بلد كذا وطلبا الكتاب لا يكتب في قول ابي حنيفة
ومحمد وان ادعيا النسب ولم يذكرا الاسترقاق يكتب بالاتفاق لانه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى
الدين بخلاف المسئلة الاولى لانه يريد دفع الرق فهو كدعوى انه عبدي **فرع** هل يكتب القاضي
بعلمه في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه والتفاوت هنا ان القاضي يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالاجماع
كذا قال بعضهم ولو اقام شاهدا عند القاضي وسال ان يكتب كتابا بذلك الى قاض اخر فعل
فانه قد يكون له شاهد في محل المكتوب اليه ويكتب في الدين المؤجل ويبين الاجل ليطالبه اذا حل هناك
ولو قال استوفى غريمي دينه او ابرأني منه واقام عليه بينة وانا اريد ان اقدم البلدة التي هو فيها واخاف
ان ياخذني به فعند محمد يكتب وعند ابي يوسف لا يكتب واجمعوا انه لو قال جحد لي الاستيفاء او الابراء
مرة يكتب وكذا اذا ادعى ان الشفيع الغايب سلم الشفعة واقام بينة وطلب ان يكتب له هل يكتب فهو
على الخلاف بين ابي يوسف ومحمد وكذا المراة ادعت الطلاق على زوجها الغايب واشهدت وطلبت
الكتاب هو على الخلاف ولو قالت طلقني ثلثا وانقضت عدتي وتزوجت باخر واخاف ان ينكر الطلاق
فاحضرته وقالت للقاضي سله حتى اذا انكر اقمت عليه البينة فالقاضي يساله بلا خلاف والقياس في
الكل سوا وهذا احتياط **فصل اخر قوله** ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا في الحدود
والقصاص وقال الائمة الثلاثة لا يجوز لان المراة ناقصة العقل ليست اهلا للخصومة مع الرجال

في محافل الخصوم وقال صلى الله عليه وسلم لن يفلح قوم ولوا امرهم امراة رواه البخاري قال المصنف
وقد مر الوجه يعني وجه جواز قضائها وهو ان القضاء من باب الولاية كالشهادة والمراة من اهل الشهادة
فتكون من اهل الولاية وقيل هو قوله قبل ولان فيه شبهة البدلية ولا يخفى ان هذا انما يخص وجه
استثناء الحدود والقصاص والاحسن ان يجعل كلا منهما والمصنف لم ينصب الخلاف ليحتاج الى الجواب
عن الدليل المذكور والجواب ان ما ذكر غاية ما يفيد منع ان يستقضي وعدم حله والكلام فيما لو ثبت
واثم المقلد بذلك او حكمها خصمان فقضت قضاء موافقا لدين الله اكان ينفذ ام لا لم ينتهض الدليل على
نفيه بعد موافقته ما انزل الله الا ان يثبت شرعا سلب اهليتها وليس في الشرع سوى نقصان عقلها
ومعلوم انه لم يصل الى حد سلب ولايتها بالكلية الا ترى انها تصلح شاهدة وناظرة في الاوقاف
ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والاضافة ثم هو منسوب الى الجنس فجاز في الفرد خلافه
الا ترى الى تصريحهم بصدق قولنا الرجل خير من المراة مع جواز كون بعض افراد النساء خيرا من بعض افراد
الرجال ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليهن عدم الفلاح فكان الحديث متعرضا
للمولين ولهن بنقص الحال وهذا حق لكن الكلام فيما لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق **قوله**
وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء في صحة ولا مرض الا ان يفوض ذلك اليه فيملكه كما انه اذا صرح فيه
بالمنع يمتنع منه وهذا لانه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل ليس له ان يوكل بخلاف المامور
باقامة الجمعة حيث جاز له ان يستخلف لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان الى خلف ومعلوم
ان الانسان عرض للاعراض فكان المولى له اذنا في استخلافه دلالة الا انه يشترط ان يكون المستخلف سمع
الخطبة اما اذا لم يكن سمعها فلا لانها من شرايط افتتاح الجمعة بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من
لم يشهد الخطبة حيث يجوز لان المامور هناك بان وليس بمفتتح والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد
في حق الاصل ولذا لو افسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وان لم يشهد الخطبة لانه شروع صحيح
وهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكما وبخلاف المستعير فان له ان يعير بشرطه لانه لا يملك المنافع
لنفسه فكان تمليكها بخلاف ولاية القضاء فانما هي اذن في ان يعمل لغيره وهذا انما قالوا من قام مقام
غيره مقام نفسه ومن قام مقام غيره لنفسه كان له وبخلاف الوصي يملك الايصا والتوكيل بطريق الاولى
ايضا لان ثبوتها بعد الموت وربما يعجز القاضي عن المباشرة بنفسه والموصي قد مات فلا يمكن رجعة الى
رايه فتضمن الايصا الاذن بالاستخلاف **قوله** ولو قضى الثاني بحضرة الاول او قضى بغيبته فبلغه
فاجازه جاز كما في الوكالة اذا وكل الوكيل غيره فتصرف بحضرته او بغيبته فاجازه لنفذ لانه حضره راي الاول
وهو الشرط لانه المقصود بتوكيله وتحقيق حاله انه فضولي ابتداء وكيل انتهاء ولا يمتنع اذ قد يجوز في
الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصا وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء
وهو كونه ليس مما حضره رايه واذا فوض اليه الاستخلاف ملكه فيصير الثاني نايبا عن الاصيل يعني السلطان
حتى لا يملك الاول عزله الا اذا كان المقلد قال له ول من شيت واستبدل من شيت فحينئذ يملك عزله
او قال جعلتك قاضي القضاة فان قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقا تقليدا وعزلا وفيه خلاف
الشافعي واحمد **قوله** واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة المشهورة
او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي بعض نسخ القدوري او يكون قولا الى اخره وفي الجامع الصغير

وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه قالوا انما اعاده لان فيه
عبارة الجامع فايدتين ليستا في القدوري احديهما تقييده بالفقهاء افاد انه لو لم يكن عالما بالخلاف
لا ينفذ قال شمس الايمة وهو ظاهر المذهب وعليه الاكثر والثانية التقييد بكون القاضي يرى غير ذلك
فان القدوري لم يتعرض لهذا فيحتمل ان يكون مراده انه اذا كان رايه في ذلك موافقا للحكم الاول امضاه
وان كان مخالفا له لا يمضيه فابانت رواية الجامع ان الامضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان
ذلك مخالفا لرايه او موافقا يعني بالطريق الاولى ولا يخفى ان لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما
بالخلاف وانما مفاده ان ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الامر فقضى القاضي بذلك الذي اختلف فيه
عالما بانه مختلف فيه او غير عالم فانه اعم من كونه عالما ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذي حكم به
هذا امضاه فربما يفيد ان الثاني عالم بالخلاف وليس الكلام فيه فان هذا هو المنفذ والكلام في
القاضي الاول الذي ينفذ هذا الآخر حكمه وليس فيه دليل على انه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق
الدلالة نعم في الجامع التنصيص على انه ينفذه وان كان خلاف رايه وكلام القدوري يفيده ايضا
فانه قال اذا رفع اليه حكم حاكم امضاه وهو اعم ينتظم ما اذا كان موافقا لرايه او مخالفا فما في الجامع
النصوصية عليه اذا كان مخالفا وقوله الا ان يخالف الى آخره حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ومنه
يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى يجوز مخالفته او لا فشرط محل الاجتهاد ان لا يكون مخالفا للكتاب او السنة يعني
المشهورة مثل البينة على المدعي واليمين على من انكر فلو قضى بشاهد ويمين لا ينفذ ويتوقف على امضاء قاض
آخر ذكره في اقضية الجامع وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ثم يراد بالكتاب المحكم مراده او ما يكون
لفظه ولم يثبت نسخه ولا تاويله بدليل مجمع عليه فالاول مثل حرمت عليكم امهاتكم الآية لو قضى قاض بحل
امراته كان باطلا لا ينفذ والثاني مثل ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فلا ينفذ الحكم بحل متروك
التسمية عمدا ولا اضبط فان النص قد يكون مؤولا ويخرج عن ظاهره فاذا منعناه يجاب بانه مؤول على الذبح
للانصاب ايام الجاهلية فيقع الخلاف في انه مؤول او ليس بمؤول فلا يكون حكم احد المناظرين بانه غير
مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه نعم قد يترجح احد القولين على الآخر بثبوت دليل التاويل فيقع
الاجتهاد في بعض افراد هذا القسم انه مما يسوغ فيه الاجتهاد او لا ولذا نمنع عن نفاذ القضاء في بعض
الاشياء ويجيزونه وبالعكس ولقد نقل الخلاف في الحل عندنا ايضا وان كان كثير لم يحكوا الخلاف
في الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من ادب القاضي قال واما القضاء بحل متروك التسمية عمدا
فجايز عندهما وعند ابي يوسف لا يجوز انتهى واما عدم تسويغ الاجتهاد لكونه مخالفا للاجماع وسواء
كان ذلك على الحكم او على تاويل الشيء او بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر اجتهاده وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضي الله
عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روي انه رجع عنه
وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض ولا يعني انه لا يعتبر في
انعقاد الاجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ولم يرد بالبعض ما دون النصف او ما دون الكل بل الواحد
والاثنين والا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه اصلا اذ ما من محل اجتهاد الا واحد الفريقين اقل من الفريق
الآخر اذ لا يضبط تساوي الفريقين ولذا لم يمثلوه قط الا بخلاف ابن عباس رضي الله عنهما ونحوه وهو
خلاف رجل واحد فالمراد اذا اتفق اهل الاجماع على حكم فخالفهم واحد لا يصير المحل به محل اجتهاد

حتى لا ينفذ

حتى لا ينفذ القضاء ولذلك الواحد في مقابلة قول الباقين ثم هذا اعم من كونهم سوغوا اجتهاده وذلك
اولا والذي صححه شمس الايمة واختاره ان الواحد المخالف ان سوغوا له اجتهاده لا يثبت حكم الاجماع
وان لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه قال واليه اشار ابو بكر الرازي لان ذلك كما قال المصنف محل
لا اختلاف ثم قال المصنف المعتبر الاختلاف في الصدر الاول يعني ان يكون المحل محل اجتهاد يتحقق
الخلاف فيه بين الصحابة وقد يحمل بعض العبارات ضم التابعين وعليه فرع الخصاف ان للقاضي ان ينقض
القضاء ببيع ام الولد لانه مخالف لاجماع التابعين وقد يحكى في هذا الخلاف عندنا فقيل هذا قول
محمد اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ وفي النوازل عن ابي يوسف لا ينفذ
القضاء به فاختلفت الرواية عن ابي يوسف وقال شمس الايمة السرخسي هذه المسئلة تبتني على ان الاجماع
المتاخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد وعند ابي حنيفة وابي يوسف لا يرفع يعني اختلفت الصحابة
في جواز بيعهن فعلي على الجواز وعمر وغيره على منعه ثم اجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء
القاضي به على خلاف الاجماع عند محمد فيبطله الثاني وعندهما لما لم يرفع خلاف الصحابة وقع في
محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ولكن قال القاضي ابو زيد في التقويم ان محمدا روي عنهم جميعا ان القضاء
ببيع ام الولد لا يجوز فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية وبناء على اشتراط كون الخلاف
في الصدر الاول في كون المحل اجتهاديا قال بعضهم ان للقاضي ان يبطل ما قضى به القاضي المالكي
والشافعي برايه يعني انما يلزم اذا كان قول مالك او الشافعي وافق قول بعض الصحابة او التابعين المختلفين
فلا ينقض باعتبار انه مختلف بين الصدر الاول لا باعتبار انه قول مالك والشافعي فلو لم يكن فيها قول
الصدر الاول بل الخلاف مقتصر فيها بين الامامين للقاضي ان يبطله اذا خالف رايه وعندي ان
هذا لا يعول عليه فان صح ان مالكا والشافعي وابا حنيفة مجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهاديا
والا فلا ولا شك انهم اهل اجتهاد ورفعة ولقد نرى في اثناء المسايل جعل المسئلة اجتهادية بخلاف
بين المشايخ حتى ينفذ القضاء باحد القولين فكيف لا يكون كذلك اذا لم يعرف الخلاف الا بين هولاء
الايمة يؤيده ما في الذخيرة عن الحلواني ان الاب اذا خالع الصغيرة على صداقها ورآه خيرا لها
بان كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فان على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج
عنه فاذا قضى به قاض نفذ وفي حيض منهاج الشريعة عن مالك فيمن طلقها فمضى عليها ستة اشهر
لم تر دما فانها تعتد بعده بثلاثة اشهر فاذا قضى بذلك قاض ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه الا
انه نقل مثله عن ابن عمر قال وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة الوقوع ثم ذكر في المنتقى
ان العبرة في كون المحل مجتهدا فيه اشتباه الدليل لا حقيقة الخلاف قال الا ترى ان القاضي اذا
قضى بابطال طلاق المكره نفذ لانه مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار الطلاق
نظر فانه ينفي حكمه وكذا لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامراتين ثم رفع الى قاض آخر يرى
خلاف ذلك ينفذه وليس طريق القضاء الاول كونه في مختلف فيه لانه لا اختلاف فيه وانما طريقه
ان القضاء الاول حصل في موضع اشتباه الدليل لان المراة من اهل الشهادة اذ ظاهر قوله تعالى فرجل
وامراتان يدل على جواز شهادتهن مع الرجال مطلقا وان وردت في المداينة لان العبرة لعموم اللفظ
ولم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النسا في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بلا شهود نفذ لان

المسئلة مختلف فيها فمالك وعثمان البتي يشترطان الاعلان لا الشهود وقد اعتبر خلافهما لان الموضع
موضع اشتباه الدليل اذ اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة انتهى واعني
انه اذا كان معارضة المعنى للدليل السمعي النص يوجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهاد فينفذ
القضاء فيه فكل خلاف بين الشافعي ومالك او بيننا وبينهم او احدهم محل اشتباه الدليل حينئذ اذ لا
يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصدر الاول ولا ان يذكر مواضع نص
فيها اهل المذهب بعينها اذا قضي بالقصاص بحلف المدعي ان فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة
كقول مالك لا ينفذ لمخالفة السنة المشهورة البينة على المدعي واليمين على من انكر مع ان معه ظاهر الى
حديث محيصة وحويصة نذكره في القسامة ان شاء الله رب العالمين ولو قضي بحل المطلقة ثلثا
بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك ايضا وهو حديث العسيلة وفي السير
من الجامع الكبير اذا قضي ان الكفار لا يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لانه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة
ولو قضي بشهادة الزوج لزوجته نفذ وفي الفصول نقلا عن فتاوي رشيد الدين الزوج الثاني اذا
طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فتزوجها الاول قبل انقضا
العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لان للاجتهاد فيه مساغا وهو صريح ثم طلقتموهن من قبل
ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة وهو ايضا مذهب زفر ولو قضي المأذون في نوع انه مأذون فيه
فقط كمذهب الشافعي يصير متفقا ولو قضي بنصف الجهاز فيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت
المهر وتجهزت لا ينفذ لانه خلاف الجمهور وينفذ القضا بجواز بيع المدبر ولو قضي بعدم عفو الزوجة
عن عمد العمد بناء على قول البعض انه لا حق لها في القصاص لا ينفذ ولو زني بامراته فقضي باقرار
البنت معه نفذ وحكي في الفصول فيما اذا زني بامرأة ثم تزوج بنتها فقضي بجوازه خلافا عند
ابي يوسف لا ينفذ للنص عليه وعند محمد يجوز وبصحة السلم في الحيوان ينفذ وينفذ بالقرعة
في رقيق اعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لابيه وعكسه ينفذ عند ابي يوسف ولا ينفذ عند محمد
وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية مختومة من غير ان تقرأها
عليهم الميت امضاه الاخر وبصحة النكاح الموقت بايام نفذ ولو عقد اموقتا بلفظ المتعة كمتعيني
بنفسك عشرة ايام لا ينفذ ولو قضي برد زوجته بالعيوب من العمى والجنون نفذ لان عمر يقول بردها بالعيوب
الخمسة وكذا بصحة رد الزوجة له ولو قضي بسقوط المهر بالتقادم بلا اقرار ولا بينة لم ينفذ وكذا
لو قضي ان لا يؤجل العنين هذا في القضاء المجتهد فيه فاما اذا كان نفس القضا مجتهدا فيه لقضاء
منه واصله ان الخلاف اذا كان في نفس القضا الواقع توقف على امضاء قاض اخر فان امضاه ليس للثالث
نقضه لان قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهد فيه اعني قضاء الاول وعليه فرع اذا قضي بالحجر
على المفسد للفساد لا ينفذ لتحقق الخلاف في القضا فيتوقف على امضاء قاض اخر وقيل ان يصبه للثاني
نقضه لانه ليس قضاء في مجتهد فيه وكذا لو قضي لامراته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين ان
يجيزه او يرده لان الخلاف وقع في نفس القضا ومنه ما لو قضي المحدود في قذف او الاعمى واما قضا
السلطان في امر فالاصح انه ينفذ وقيل لا ينفذ نعلل القول بانه لا ينفذ يحتاج في نفاده الى ان ينفذه
قاض اخر وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني ان قضاء الاول ليس بقضاء لعدم المقضي له وعليه

فقد قضي الثاني بابطاله عن الحجر قوله والاصل حاصله توجيه ان القاضي الثاني ينفذ خلاف
رايه في المرفوع اليه وهو اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الاول في الصحة مثلا فتعارضا ورجح
ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه قوله ولو قضى في المجتهد فيه
الى اخره مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رواية واحدة وان كان عامدا ففيه روايتان
عنه وجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين لان رايه يحتمل الخطا وان كان الظاهر عنده خطاه فليس واحد منهما
خطا بيقين فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ ووجه عدم النفاذ ان قضاه مع اعتقاده انه
غير حق عبث فلا يعتبر كمن اشتبهت عليه القبلة فوقع تحريه على جهة فصلى الى غيرها لا يصح لاعتقاده خطا
نفسه فكذا هذا وبه اخذ شمس الايمة الاوزجندي وبالاول اخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه
انما يفعله القضاة من الارسال الى الشافعي ليحكم ببطلان اليمين المضافة لا يجوز الا بشرط كون القاضي
المرسل يرى بطلانه كالشافعي والا كان مقلدا لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل قال الشيخ
ابو المعين هذا خلاف ما عليه السلف فانهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به
نافذا وان كان يخالف راي الخلفاء انتهى واوكد الامور في هذا حكم شريح بما يخالف راي علي
كثيرا وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعمر قبله فقيل صح عن عمر انه قلد ابا الدرداء
القضا فاختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقي المقضي عليه عمر فساله عن حاله فقال قضى علي
فقال لو كنت مكانه قضيت لك قال فما يمنعك فقال عمر ليس هنا نص والراي مشترك وغير ذلك
وتحقيقه ان القاضي المرسل يقطع بان ما يفعله القاضي المرسل اليه مامور به من عند الله تعالى وظنه
بطلانه معناه ظنه عدم مطابقته حكم الله تعالى الثابت في نفس الامر لكن القطع بان المكلف به
منه تعالى ليس اصابة ذلك بل العمل بمظنونه وان خالف حكمه تعالى فقد اوجب عليه ان يعمل بخلاف
حكمه تعالى فكان ارسال الحنفي اليه ارسالا لان يحكم بامره تعالى ولا جناح عليه في ذلك مع علمه
ان الله تعالى جوزه له ان يقول هذا القول وان يعمل به من افتاه او حكم به عليه واقتصار المصنف
على وجه النفاذ دليل انه المرجح عنده وهذا عند ابي حنيفة وعندهما لا ينفذ في الوجهين يعني و
النسيان والعمد لانه قضا بما هو خطا عنده وقد نصر وجه ابي حنيفة جوابه بيسير تامل ومع ذلك
ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما وذكر في الفتاوى الصغرى الفتوى على قول ابي حنيفة
فقد اختلف في الفتوى والوجه في هذا الزمان ان يفتي بقولهما لان التارك لمذهبه عمدا لا يفعله
الا لهوى باطل لا لقصد جميل واما الناسي فلان المقلد ما قلده الا ليحكم بمذهبه لا بمذهب غيره
هذا كله في القاضي المجتهد فاما المقلد فانما ولاه ليحكم بمذهب ابي حنيفة مثلا فلا يملك المخالفة
فيكون معزولا بالنسبة الى ذلك الحكم هذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الاقدام على القضا
بخلاف مذهبه وقال وجه من قال بالجواز ان القاضي مامور بالمشاورة وقد يقع على خلاف رايه ووجه
المنع قوله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله اليك الاية واتباعه غير رايه اتباع هوى غيره والوجه
الصحيح ان المجتهد مامور بالعمل بمقتضى ظنه اجماعا وهذا خلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس الا
قضاه بخلاف المرسل الى من يرى خلاف رايه ليحكم هو فانه لم يعمل فيه بشيء هذا ومن تتمة اليمين المضافة
انه اذا فسخ اليمين بعد التزوج لا يحتاج الى تجديد العقد ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ

حكي عن برهان الايمة يكون الوطي حلالا ولو كان اليمين كل امراة اتزوجها فتزوج امراة وفسخ اليمين
ثم تزوج باخرى هل يحتاج الى الفسخ في كل امراة ذكر فيه خلاف عند ابي يوسف يحتاج وعند محمد لا وفي
المنتقى ذكر ان عند ابي حنيفة يحتاج وعند ابي يوسف لا يحتاج واختلف فيه المشايخ ايضا وحيلة ان لا
يحتاج في كل امراة ان يقضي القاضي عند تزوج امراة ببطلان الواقعة مطلقا من غير قيد فسخها في حق
تلك المراة وسنذكر في امر الفتوى فيها كلاما اخر في باب التحكيم **قوله** وكل شي قضى به القاضي
في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك اي هو عند الله حرام وان كان الشهود الذين قضى بهم كذبة
والقاضي لا يعلم ذلك وكذا اذا قضى باحلال يكون حلالا عند الله تعالى وان كانت بشهادة زور وهذا
عند ابي حنيفة وهو مشروط بما اذا كانت الدعوى بسبب معين للحال والحرمة كالبيع والنكاح والطلاق
وهذه المسلة هي التي تقدمت في النكاح المعنونة بان القضا بالعقود والفسوخ بشهادة الزور لغير
علم القاضي نافذ عند ابي حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وباقي الايمة ومن المثل ادعى على امراة نكاحا
وهي جاحدة واقام بينة زور فقضى بالنكاح بينهما حل للمدعي وطوها ولها التمكين خلافا لهم وكذا اذا
ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها قضى ببيع امة بشهادة زور بان ادعى رجل انه باعها منه او انه
اشترى منها حل للمنكر وطاها اذ اما منا لبينة الزور قضي لها وكذا في الفسوخ بالبيع والاقالة وفي
الهبة روايتان ومنها ادعت ان الزوج طلقها ثلثا وهو منكر واقامت بينة زور فقضى بالفرقة
فتزوجت باخر حل له وطوها عند الله تعالى وان علم حقيقة الحال ولا يحل عند الايمة اذا كان عالما
بكذب الشهود ومن صور المختر بر صبي وصبية سبيا فكبرا واعتقا ثم تزوج احدهما بالاخر فجا حربي مسلما
واقام بينة انهما ولداه فقضى القاضي بينهما بالفرقة فان رجع الشهود وتبين انهم شهود زور لا يحل
للزوج وطوها عنده لان القضا بالحرمة نفذ باطنا وظاهرا ومحمد في هذا الفرع مع ابي حنيفة لانه
لا يعلم حقيقة كذب الشهود واجمعوا في الاملاك المرسلة عن تعيين سبب انه لا يحل باطنا والوجه
في الاصل والفرق تقدم قبيل باب الاوليا والاكفا ومن الوجه لابي حنيفة انه لو فرق بينهما بامر الزوج
نفذ ظاهرا وباطنا فامر الله اولى والقاضي مامور بذلك منه جل وعلا واما الاستشهاد بتعزير الملاعن
ينفذ باطنا وان كان احدهما كاذبا فلبس بشي وفي الخلاصة واجمعوا انه لو اقر بالطلقات الثلاث ثم
انكر وحلف فقضى له لها لا يحل وطوها وان الشهود لو ظهروا عبيدا او كفارا او محدودين لا ينفذ باطنا
ومنها رجل قال لامراته انت طالق البتة ونوى واحدة باينة او رجعية فقضى القاضي بانها ثلث اخذا
بقول على نفذ القضا ظاهرا وباطنا بعد ذلك ان كان الزوج مجتهدا يتبع راي القاضي عند محمد وعند
ابي يوسف يتبع راي القاضي ان كان مقضيا عليه وان كان مقضيا له يتبع اشد الامرين عليه وان كان عاميا
فان استفتى فيما افتاه به المفتي صار كالثابت بالاجتهاد عنده وان لم يستفت اخذ بما قضى به انتهى
والوجه عندي قول محمد لان اتصال القضا بالاجتهاد الكاين للقاضي برجحه على اجتهاد الزوج والاخذ
بالراجح متعين وكونه لا يراه حلالا انما يمنعه من القربان قبل القضا اما بعده وبعد نفاذه باطنا كما في
المسالة فلا **قوله** ولا يقضي القاضي على غايب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي يجوز اذا كان
غايبا عن البلد او فيها وهو مستتر فلا واحدا وهو قول مالك واحمد وان كان في البلد غير مختف فلا ولا
اصحها لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك والفرق انه في المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم فقيض

لا احتج ابقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر فاشتراط حضور الخصم زيادة عليه
بلا دليل ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلي حين استقضاه على اليمين لا تقض لاحد الخصمين بشي حتى تسمع
كلام الاخر وقدمناه من رواية ابي داود وغيره وتصحيحه وتحسينه فعلم ان جهالة كلامه مانعة من القضا
وذلك ثابت مع غيبته وغيبة من يقوم مقامه ولان حجية البينة على وجه يوجب العمل بها موقوف على عجز
المنكر عن الدفع والطعن فيها والعجز عنه لا يعلم مع حضوره او نايبه ولان شرط العمل بها الانكار حتى لا
تسمع على مقر ولا يقضى بها اذا اعترض الاقرار قبل القضا وبغيبته يفوت العلم بوجود شرط العمل بها
وهو الانكار وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بثبوت المشروط وهو صحة الحكم عليه ولا يكفي في الحكم ثبوته
كونه الاصل لانه يترتب عليه وجود امر فلا بد من ثبوت وجوده ولذا قلنا جميعا فيمن قال لعبده ان لم
تدخل الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم ادخل لا يحكم بوجود
العتق لوجود الشرط بنا على ان الاصل عدم الدخول لما ذكرنا انه جعل شرطا لحدوث امر اخر فلا يحكم بوجوده
بنا على الاصل فان قيل الخلاف ثابت فيما لو حضر وانكر ثم غاب قلنا لان بقا الانكار شرط القضا بالبينة
وهو محتمل لجواز الرجوع عنه الا بالنظر الى الاصل ولا عبرة به وانما يقضي عليه بالبينة اذا حضر وسكت
لانزال الشرع اياه منكرا الا لانه غير منكر وما قيل وقف البينة على حضوره غير مفيد لانه اما ان يقر
او ينكر وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس بشي لان مع حضوره يحتمل ان يقر فيبطل حكم البينة
او لا فيطعن في البينة ويثبته او لا يطعن فيقضى عليه بالبينة ومع غيبته يشتبه وجه القضا فلا يجوز
وهذا لان حكم الحاكم بالبينة ان ينفذ في حق ساير الناس وبالاقرار يقتصر على المقر ويظهر ذلك فيمن اشترى
جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة ياخذها وولدها ولو اقر بها الرجل لم ياخذ ولدها ولا يرجع
بالثمن على بايعها وبالبينة يرجع الباعة بعضهم على بعض وما ذكرناه فيما لو انكر ثم غاب قول ابي حنيفة لان
الشرط قيام الانكار وقت القضا وفيه خلاف ابي يوسف فانه قال يحكم بها لان انكاره سمع نصا فوجد
شرط حجيتها كما لو اقر ثم غاب يقضي بالاقرار وفي نوادر ابن سماعة عن محمد انه لا يقضي بالبينة ويقضي
بالاقرار وهو قول ابي حنيفة لان في البينة للمدعي عليه حق الطعن في البينة والقضا عليه حال غيبته
يبطل هذا الحق اما ليس له حق الطعن في اقراره فالقضا عليه حال غيبته لا يبطل حقا له وكان ابو يوسف
يقول اولا لا يقضي بالبينة والاقرار على الغايب جميعا ثم رجع حين ابتلي بالقضا وقال يقضي فيهما جميعا
واستحسنه حفظا لاموال الناس واذا علمت انه لا بد من حضوره او حضور من يقوم مقامه فمن يقوم
مقامه احد ثلثة نايب بانابته كوكيله او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما
يعني مخصصا يقوم مقامه حكما اي يكون قيامه عنه حكما لامر لازم له واقتصر المصنف عليهم نفيا للمسخر
من جهة القاضي فان فيه اختلاف الروايتين وهو الذي ينصبه القاضي ليسمع عليه الدعوى وكذا
لو احضر المدعي رجلا غير خصمه ليسمع القاضي الخصومة والقاضي يعلم انه ليس بخصم لا يسمع الخصومة
عليه ولا على المسخر من جهته وانما يجوز نصب القاضي الوكيل عن خصم اختفى في بيته ولا يحضر مجلس الحكم
ولكن بعد ان يبعث امناه الى باب داره وينادي على باب داره فيقول احضر في مجلس الحكم والا حكم
عليك اما في غير ذلك الموضع فلا وذكر محمد في الجامع رجل غاب وجا رجل فادعى على رجل ذكر انه غريم
الغايب والغايب وكله بطلب كل حق له على غرمايه بالكوفة وبالخصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فاقام

بينة على وكالته قضي عليه بالوكالة يعني على الغايب قال شيخ الاسلام فيه دليل على جواز الحكم على المسخر
فانه قال ذكر انه غريم الغايب ولم يقل هو غريم الغايب قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما اذا لم يعلم
القاضي انه مسخر والوجه ان يحمل على احدي الروايتين كما ذكر ظهير الدين في فتاواه ان نفاذ قضا القاضي
على الغايب روايتين ذكر شمس الايمة السرخسي وشيخ الاسلام انه ينفذ وغيرهما من المشايخ قالوا لا ينفذ وفي
مفقود خواهر زاده لا ينبغي للقاضي ان يقضي للغايب من غير خصم كما لا ينبغي ان يقضي على الغايب الا ان يع
هذا الوكيل وكيلا وانفذ الخصومة بينهم فهو جايز وعليه الفتوي انتهي والذي يقتضيه النظر ان نفاذ
القضا على الغايب موقوف على امضا قاض لان نفس القضا هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه
وحيث قضي على غايب فلا يكون عن اقرار عليه ومن فروعه مسئلة عجيبة في الفصل الاول من الفتاوي
الصغري عين في يد رجل ادعي اخر انه ملكه اشتراه من فلان الغايب وصدقه ذو اليد فالقاضي لا يامر
ذا اليد ان يسلمها الى المدعي حتي لا يكون قضا على الغايب بالشرا باقراره وهي عجيبة لانه اعترف بالملك للمدعي
ولا يقضي عليه بالتسليم قال واحال الصدر الشهيد هذه المسئلة الى باب اليمين من ادب القاضي ولم اجدها
ثمه واما الثالث فما اذا كان ما يدعيه على الغايب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك
عنه وهو في عشر صورة في الكتب بخلاف ما اذا كان ما يدعيه على الغايب شرطا لحقه لا سببا لا محالة او قد
يكون سببا وقد لا يكون فانه لا معتبر به في جعل الحاضر خصما عن الغايب قال المصنف وقد عرف تمامه
في الجامع مثال السبب الملزوم لا محالة في ست مسايل ثلث فيما يكون المقضي به شيين وثلث فيما يكون
واحدا اما الثلاث الواحد احديهما ادعي دارا في يد رجل انها ملكه وانكر ذو اليد فاقام البينة
انها داره اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها فانه يقضي بها في حق الحاضر والغايب لان الشرا سبب
لثبوت ما يدعيه على الحاضر لان الشرا من المالك سبب لا محاله للملك والثانية ادعي على انه اخر كفل
عن فلان الغايب بما يذوب له عليه فاقر المدعي عليه بالكفالة وانكر الذوب فاقام المدعي البينة
انه ذاب له على فلان الف يقضي بها على الكفيل والغايب حتي لو حضر وانكر لا يلتفت الى انكاره الثالث
ادعي الشفعة في دار في يد انسان فقال ذو اليد الدار داري ما اشتريتها من احد فاقام المدعي البينة
ان ذا اليد اشتراها من فلان الغايب بالف وهو يملكها وانا شفيعها يقضي بالشرا وحق ذي اليد والغايب
ومثال الثلث الشيين احدها قذف محصنا فادعي عليه الحد فقال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد
وقال المدعي بل اعتقك مولاك ولي عليك حد الاحرار والمولي غايب واقام البينة على ذلك تقبل هذه
البينة ويقضي بالعتق في حق الحاضر والغايب جميعا حتي لو حضر وانكر العتق لا يلتفت الى انكاره العتق
سبب لكمال الحد وهو المدعي على الحاضر والثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود
عليه هما عبدان لفلان الغايب فاقام المشهود له البينة ان مولاهما اعتقهما قبل هذا وهو يملكهما
تقبل ويثبت العتق في حق المشهود عليه والمولي الغايب لان العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة الثالثة
رجل قتل رجلا عمدا وله وليان فغاب احدهما وادعي الحاضر على القاتل ان الغايب عفي عن نصيبه فانقلب
نصيبي مالا وانكر القاتل فاقام المدعي البينة على ذلك تقبل ويقضي بها على الحاضر والغايب جميعا
فان قيل هذا منتقض بما اذا كان العبد بين حاضر وغايب فادعي العبد على الحاضر منهما ان الغايب
اعتق نصيبه وهو موسر وادعي تضمين الحاضر عن نفسه لصيرورته مكاتبا عند ابي حنيفة واقام

البينة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البينة اصلا مع ان اعتاق الغايب نصيبه سبب لقصر يد الحاضر
عنه لا محالة اجيب بان عدم القبول عنده في هذه لا لعدم الخصم عن الغايب بل لجهالة المقضي عليه
بالكتابة لان الساكت ان اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتبا من جهة المعتق وان اختار الاستسعا
يصير مكاتبا من جهة الساكت وكان المقضي عليه بالكتابة مجهولا فلم تقبل واما ما لا يكون فيه ما يدعي
به على الغايب سببا لا محالة لما يدعيه على الحاضر بل قد يكون وقد لا يكون فقد يكون ايضا شيين
وقد يكون واحدا وبيانه في مسئلتين احديهما قال لعبد رجل مولاك وكلني بحملك اليه فاقام العبد
البينة ان مولاه اعتقه تقبل في حق قصر يد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغايب حتي لو حضر الغايب
وانكر العتق يحتاج العبد الى اعادة البينة به والثانية رجل قال لامراة غايب وكلني زوجك بحملك اليه
فاقامت بينة انه طلقها ثلثا تقضي بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق فلو حضر وانكر الطلاق يحتاج
الى اعادتها او بينة اخري فالمدعي العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد لان العتق والطلاق قد
يتحقق ولا يوجب انعزال الوكيل بان لا يكون هناك وكالة وقد يتحقق موجبا للانعزال بان وجد بعد
الوكالة فليس انعزال الوكيل حكما اصليا للطلاق والعتاق فمن حيث انه ليس سببا لحق الحاضر في الجملة
لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغايب ومن حيث انه قد يكون سببا قبلنا البينة فيما يرجع الى حق الحاضر
في قصر يده وانعزاله عن الوكالة لانه ليس من ضرورة انعزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ولا من ضرورة
تحقق الطلاق والعتاق انعزال الوكيل ولا يقضي بالطلاق والعتاق ومن هذا القسم وهو دعوي
شيين الا ان ما يدعيه على الغايب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر الا باعتبار البقا فبيانه في مسايل احدها
ما قالوا فيمن اشتري جارية فادعي المشتري على البايع انه كان زوجها من فلان الغايب ولم يعلم المشتري
ويريد ان يردها بهذا العيب وانكر البايع فاقام المشتري على ذلك بينة فانه لا يقضي بها لا في حق
الحاضر ولا في حق الغايب لان المدعي شيان الرد بالعيب على الحاضر والنكاح على الغايب ليس سببا لما يدعي
على الحاضر الا باعتبار البقا لجواز ان يكون تزوجها ثم طلقها واذا اقام البينة على البقا بان شهدوا انها امراة
للحال لا تقبل ايضا لان البقا تبع للابتداء والثانية المشتري شرا فاسدا اذا اراد البايع الاسترداد
فاقام البينة انه باع من فلان الغايب لا تقبل لابطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغايب
لان نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البايع في الاسترداد لجواز انه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود
حق البايع في الاسترداد واذا لم يكن خصما في اثبات نفس البيع لم يكن خصما في اثبات البقا لان البقا
تبع للابتدا كما ذكرنا الثالثة رجل في يده دار بيعت بجنبها دار فاراد ذو اليد ان ياخذ المشتراة
بالشفعة فقال المشتري له الدار التي في يدك ليست لك انما هي لفلان فاقام الشفيع البينة انها داره
اشتراها من فلان الغايب لا يقضي بالشرا الا في حق الحاضر ولا في حق الغايب لان المدعي شيان
والمدعي على الغايب من شرا الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة ما لم يثبت البقا لانه لو فسخ بعد
الشرا وازالها عن ملكه بسبب من الاسباب لا يكون له شفعة وانما تكون الشفعة باعتبار البقا
ولا بينة عليه ولو اقام على البقا لم تقبل ايضا لما ذكرنا واما ما يكون شرطا فعامة المشايخ فيه على انه
لا ينتصب الحاضر فيه خصما عن الغايب وقد افتي بعض المتاخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه
بانتصاب فيما يدعيه وصورته قال لامراته ان طلق فلان امراته فانت طالق فادعت ان فلانا طلق

امراته واقامت البينة على ذلك لا يقضي بوقوع الطلاق لها لانه ابتداء القضا على الغايب وقد افتى بعض
المتاخرين كفخر الاسلام والاوزجندي فيه بانتصاب الحاضر خصما ويقضي بوقوع الطلاق كما لو قال
ان دخل فلان فانت طالق ثم برهنت على دخول فلان حيث يصح وان كان فلان غايبا والجواب انه ليس في
هذا قضاء على الغايب بشي اذ ليس فيه ابطال حق له فصار الاصل انما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير
ابطال حق للغايب قبلت البينة فيه اذ ليس فيه قضا على الغايب وانما تضمن ابطالا عليه لا يقبل
قوله ويقرض اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق وهو المسمى في عرفنا حجة وهو الصك والحق هنا هو القرض
وهذا لان في الاقراض مصلحتهم لان بقاه على وجه الارض لا يومن معه السارق والغاصب المكابر
وفي القرض بقا وهما محفوظة عن ذلك مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج فكان النظر في الاقراض
بخلاف الوصي فانه لا يقدر على الاستخراج اذ ربما لا يوافقه الشهود ولا يحبهم ولو وجدهم
فليس كل بينة تعدل ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدي القضاة ذل وصغار فكان اضرارا بالصغار
على هذا الاعتبار والاب كالوصي في اصح الروايتين لانه لا يقدر على الاستخراج ووجه الاخرى
انه اعم ولاية من الوصي لانها في المال والنفس كولاية القاضي ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانعة
من ترك النظر فالظاهر انه انما يقرض ممن يامن جحوده وعلى هذا قالوا الواخذه الاب قرضا لنفسه
يجوز وان روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز والجواب ان الاعتبار في جواز القرض وعدمه ليس
لقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود اصل الولاية ولا
قدرة للاب عليه بخلاف القاضي فانه لو لم يجد الشهود لموت او غيبة قضى بعلمه واستخرج ولا يخفى
ان قدرته هذه انما تتقيد مع وجود الملاة اما لو اعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم
القدرة وعن هذا قال الخصاف ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم المال حتى لو اختل
حال احد منهم ياخذ منه المال قبل ان يتعسر فلا يقدر ولذا لو قال المستقرض معسرا في الابتدا لا يجوز
للقاضي اقراضه وبهذا نستطرد ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه فلنفصلها فعندنا وفي قول للشافعي انه يجوز
وظاهر مذهب مالك واحمد لا يجوز وعن كل منهما رواية بالجواز كقولنا لقوله صلى الله عليه وسلم قال
لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك وولدك بالمعروف فهذا قضا بعلمه وشرطه عند ابي حنيفة
ان يعلم في حال قضايه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله تعالى من قرض او بيع او غصب
او تطليق رجل امراته او قتل عمد او حد قذف واما اذا علم قبل القضا في حقوق العباد ثم ولي فرفعت
اليه تلك الحادثة او علمها في حال قضايه في غير مصره ثم دخله فرفعت اليه لا يقضي عنده وقالا يقضي
وفي التجريد يجعل قول محمد مع ابي حنيفة ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضي واختلف المشايخ
على قول ابي حنيفة وسواء كان متقلدا للرساتيق او لم يكن واصل هذا ان قضا القاضي في القرية والمفازة
لا ينفذ عند ابي حنيفة ومحمد ونص اصحاب الامالي عن ابي يوسف انه ينفذ قضاؤه في السواد وهكذا
في النوادر عن محمد ولو علم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم اعيد الى القضا فعند ابي حنيفة لا يقضي
وعندهما يقضي واما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعلمه اتفاقا والله سبحانه وتعالى الموفق

باب التحكيم

هذا ايضا من فروع القضا والحكم احط رتبة من القاضي فان القاضي يقضي فيما لا يقضي المحكم فاخره عنه

ولهذا

ولهذا قال ابو يوسف انه لا يجوز تعليق التحكيم بالشروط واضافته بخلاف القضا لان التحكيم بمنزلة
الاصلاح والواقع منه كالصلح او هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك والتحكيم جايز بالكتاب قوله
تعالى فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها الاية وفيه نظر واما السنة فما قال ابو شريح لرسول الله
ان قومي اذا اختلفوا في شي فاتوني فحكمت بينهم فرضي عني الفريقان فقال عليه السلام ما احسن هذا رواه النسائي
واجمع على انه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بني قريظة لما اتفقت اليهود على الرضى بحكمه فيهم مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم وروي انه كان بين عمر وابي بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت
فاتياه فخرج زيد وقال لعمر هلا بعثت الي فاتيك يا امير المومنين فقال عمر في بيته يوتى الحكم فدخلا
بيته فالقى لعمر وسادة فقال عمر هذا اول جورك وكانت اليمين على عمر فقال زيد لابي لو اعفيت امير المومنين
فقال عمر يمين لزمتني فقال ابي نعفي امير المومنين ونصدقه وليعلم انه لا يظن باحد منهما في هذه الخصومة
اشتباه الحادثة عليهما فتقدما الى الحكم للتبيين لا للتلبيس وفي الحديث جواز التحكيم وان زيدا كان معروفا
بالفقه وقد روي ان ابن عباس رضي الله عنهما كان اذا ركب زيد اخذ بركابه عند ركوبه وقال هكذا امرنا
ان نصنع بفقهائنا فقبل زيد يده وقال هكذا امرنا ان نصنع باشرافنا وفيه ان الامام لا يكون قاضيا في حق
نفسه وانه ينبغي لمن احتاج الى العلم ان ياتي العالم في بيته ولا يبعث اليه لياتيه وان كان اوجه الناس واما
القاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم اذا اتاكم كريم فاكرموه وبسط النبي صلى الله عليه
وسلم رداءه لعدي بن حاتم وان الخليفة ليس كغيره واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الاول
وانه لا باس بالحلف صادقا وامتناع عثمان حين لزمته كان لامر اخر وان اليمين حق المدعي له ان يستوفيها
وتسقط باسقاطه **قوله** واذا حكم رجلان رجلا وامراة تحكم بينهما ورضيا بحكمه الى ان حكم جاز لان لهما
ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وسنذكر لهذا تخصيصات فاولها قوله وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم
بان يكون اهلا للشهادة فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي الا ان تحكمه ذميان لانه من اهل الشهادة عليهم
فهو من اهل الحكم عليهم وكذا المحدود في القذف والفاسق لا يجوز تحكيم احد من هولاء لعدم اهلية القضا
لعدم اهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا كما مر في المولى الفاسق ينفذ حكمه وقوله وينفذ
حكمه عليهما عطف على جواب المسئلة اعني قوله جاز وهذه شروط التحكيم فقدمناها على الجواب ولو قدم
المحرور فقال وعليهما ينفذ حكمه كان مفيدا للحصر فيفيد انه لا ينفذ على غيرهما فلو حكماه في عيب بالمبيع فقضى
برده ليس للبايع ان يرده على بايعه الا ان يتراضى البايع الاول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يرده
على الاول ولو اختصم الوكيل بالبيع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل اذا كان العيب
يحدث مثله رواية واحدة الا ان يرضى الموكل بتحكيمه معهما وان كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل
الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان وانما اقتصر حكمه ولم يتعد لانه كالمصالح ثم تشترط هذه
وقت التحكيم ووقت القضا جميعا حتى لو حكما عبدا فعتق او صبيا او ذميا فبلغ واسلم ثم حكم لا ينفذ كما
في المقلد وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الاضافات في قوله ولا يجوز تحكيم
العبد الى اخره من اضافة المصدر الى المفعول ولو اعتبرت الى الفاعل جاز في بعضها دون بعض وفي
المعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد الماذون كالحر وتحكيم الذمي ذميا ليحكم بينه وبين ذمي يجوز لما ذكرنا **قوله**
ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما اذ هما الموليان له فلهما عزله قبل ان يحكم

كان للسلطان ان يعزل القاضي قبل ان يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا
واذا نفذ حكمه لزمهما لصدور حكمه عن ولاية كاملة عليهما فقط لانه لا يكون دون الصلح وبعد تمام الصلح
ليس لواحد ان يرجع **قوله** واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه
ثم ابرامه على ذلك الوجه بعينه وان خالفه ابطله وقال مالك وابن ابي ليلى هو كالمقلد فلا يبطله الا
ان يكون جورا بينا لم يختلف فيه اهل العلم ونحن فرقنا بان ولاية القاضي عامة على الناس لعموم ولاية
الخليفة المقلد له بخلاف المولّيين له انما لهما ولاية على انفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه
للقاضي لانه لم يحكمه ولان تقليدهما اياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء ولو اصطلحا على شيء في المجتهدات
كان للقاضي ان يبطله او ينفذه فكذا هذا ومما يبين لك ان المراد من قوله وان خالفه ابطله ليس ما
يعطيه ظاهره من لزوم ابطال القاضي اياه بل جواز ان يبطله وان ينفذه وعبارة المبسوط بعد ان ذكر
الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص وهذا احدى
الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف. قال شمس الائمة في شرح ادب الخصاف من اصحابنا من قالوا
هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى لان الامام هو المتعين لاستيفائهما وليس لهما ولاية على الكل
فاما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيهما ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف اطلق وقال لا يجوز
هو الصحيح لان حكم الحكم بمنزلة الصلح ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ولانهما يندرئان
بالشبهات وفي حكمه شبهة لانه حكم في حقهما لا في حق غيرهما واي شبهة اعظم من هذا قال المصنف
قالوا وتخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في ساير المجتهدات وهو الصحيح وفي الخلاصة تصح
الحكم في الطلاق والعتاق والنكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيوع والكفارات والقصاص
وارش الجنايات وقطع يد عمد ودم عمد ببينة عادلة يجوز اذا وافق راي القاضي وعن ابي حنيفة لا
يجوز في القصاص ونقل الناطفي عن ابي بكر الرازي في القصاص ينبغي ان يجوز لان ولي القصاص لو
استوفى القصاص من غير ان يرفع الى السلطان جاز فكذا اذا حكم فيه لانه من حقوق بني آدم ووجه المصنف
بانهما لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح امره ولا يحل للاخر
قتله فلا يحكمه وهذا لان المتفق عليه هو الاصل في التحكيم والاجماع على الطالب تبع فيكون لاحدهما
وهو الذي يحكمه ليس لاحد ان يملك ان يستوفيه بلا حكم لا تقتضي صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الاخر
والاخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه **وفي** الفتاوى الصغرى حكم الحكم في الطلاق المضاف
ينفذ لكن لا يفتى به وفيها روي عن اصحابنا ما هو اوسع من هذا وهو ان صاحب الحادثة لو استفتى
فقيها عدلا فافتاه ببطلان اليمين المضافة وسعه اتباع فتواه وامساك المراة المحلوف بطلاقها
وروي عنهم ما هو اوسع من هذا وهو انه اذا استفتى اولا فقيها فافتاه ببطلان اليمين وسعه امساك
المراة فان تزوج اخرى وكان حلف بطلاق كل امراة يتزوجها فاستفتى فقيها اخر فافتاه بصحة اليمين
فانه يفارق الاخرى ويمسك الاولى عملا بفتواه **وفي** الذخيرة فيمن تزوج امراة بغير ولي فطلقها
ثلاثا فبعث القاضي الى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وبطلان الثلاث يجوز وكذا لو حكما
بذلك الحكم يجوز ولا يفتى به لما مر يعني بما تقدم من خشية تجاسر العوام يعني على هدم المذهب قال
وكذا من غاب عن امراته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث الى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز النفقة

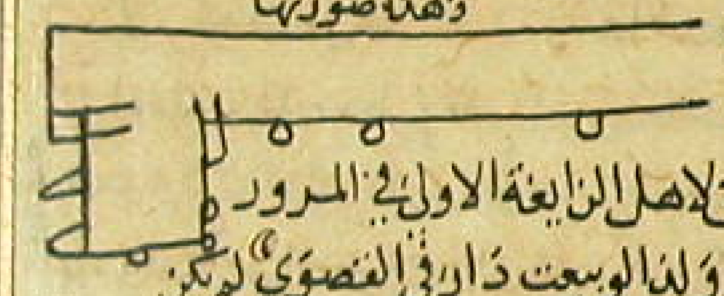
يجوز ثم قال المصنف ولو حكما في دم خطا فقضى بالدية على العاقلة لم ينفذ لانه لا ولاية له على
العاقلة اذ لم يحكموه وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله فان القاضي يرده ويقضي بها بالحق
وهو كونه على العاقلة لانه يخالف لرايه وللنص وهو حديث حمل بن مالك الا اذا ثبت القتل اي
قتل الخطا باقراره فحينئذ يجوز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل لان العواقل لا تعقل القتل
الثابت بالاقرار كما لا تعقل العمد والصلح على الدية لان اقراره لا ينفذ في حقهم اذ لا ولاية له عليهم
فاقتصر على نفسه فوجبت الدية في ماله وعلى هذا التفصيل اروش الجراحات ان كانت بحيث لا يعقلها
العاقلة بل لا تجب في مال الجاني بان كانت دون ارش الموضحة وهو خمسماية درهم وثبت ذلك بالاقرار
والنكول او كان عمدا وان بلغ خمسماية فقضى الحكم على الجاني جاز لانه لا يخالف الشرع وان كانت بحيث
تحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها اصلا لانه ان قضى على الجاني خالف الشرع او على العاقلة لا يجوز
لانهم لم يحكموه **قوله** ولو اخبر يعني المحكم لو قال لاحدهما اقررت عندي او قامت عندي بينة لي
عليك لهذا فعدلوا عندي وقد الزمتك ذلك وحكمت لهذا فانكر المقضي عليه ان يكون اقر او قامت
البينة لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه ما دام المجلس باقيا لان الحكم ما دام تحكيمهما قائما كالقاضي
المقلد ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا الحكم الا ان يخرجه المخاطب عن الحكم
ويعزله قبل ان يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك او قاله بعد ان قام من المجلس لانه بالقيام من المجلس
ينعزل لعزل احدهما قبل الحكم فصار كالقاضي اذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق وكذا هذا
قوله وحكم الحاكم سواء كان قاضيا او حكما لابويه وولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له
باطل لمكان التهمة بخلاف ما اذا حكم عليهم يجوز لانتفائها **قوله** ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما
لان الحكم امر يحتاج فيه الى الراي وانما رضي الخصمان برايهما فلا ينفرد احدهما ثم لا يصدق الحكمان
في اخبارهما عن الحكم اذا قاما لما ذكرنا من انعزالهما فالتحقا بساير الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل
باشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان او غابا فسال
المدعي الحكمين او يشهدا له على شهادتهما لم يجز لانهما ما حملاها فلا يجوز ان يشهدا على شهادتهما والا
عرف ان احد المحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا او حرا او عجز ولو حكم مسلم ومرتد رجلا فحكم بينهما ثم
قتل المرتد او لحق بدار الحرب لم يجز حكمه عليهما. ولو امر الامام رجلا ان يحكم بين الناس وهو ممن يجوز
شهادته جاز ويصير كالقاضي ولو امر القاضي رجلا لم يجز الا باذن الامام الا ان يجيزه بعد الحكم
او يتراضى به الرجلان بعد الحكم ولو حكما رجلا فاخرجه القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فاجازه
جاز وليس للحكم ان يفوض الى غيره ولو فوض وحكم الثاني بلا رضاهما فاجاز القاضي لم يجز الا ان يجيزاه
بعد الحكم وقيل ينبغي ان يكون كالوكيل الاول اذا اجاز فعل الوكيل الثاني ولو حكما واحدا فحكم لاحد
ثم حكما اخر ينفذ حكم الاول ان كان جايزا عنده وان كان جورا ابطله وكتاب الحكم الى القاضي وقبله لا
يجوز فان كتب اليه قاض فرضي به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب **مسايل منثورة** من كتاب
القضا **قوله** واذا كان علو لرجل وسفل لاخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة
عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي بغير رضى صاحب العلو وكذا ليس له ان يدخل فيه جذعا والاتفاق
على انه ليس له ان يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو وكذا لا يصنع ما لا يضر

بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه او يضع عليه جذعا او يشرع كنيفا او الكوة
بفتح الكاف ويقال وتد وتدا يتده من حد ضربه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة لانه انما يمنع ما
فيه ضرر ظاهر لا ما لا ضرر فيه فلا خلاف بينهم وقيل لا بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك
فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسمار صغير او وسط يجوز اتفاقا وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي
ان يمنع اتفاقا وما يشك في التضرر به كدق الوتد في الجدار او السقف فعندهما لا يمنع لان الاصل هو
الاباحة لانه تصرف في ملكه والحظر لعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع لان اليقين لا يزال بالشك
كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ولو كاتب نصيبه لا يجوز وللشريك حق فسخه وعنده الاصل
الحظر لانه يتصرف في محل تعلق به حق محترم للغير ولهذا يمنع من هدمه اتفاقا وتعلق حق الغير على الملك يمنع
تصرفه به كالمرهون والمستاجر تعلق به حق المرتهن فمنع الراهن من التصرف فيه وذكر شيخ الاسلام ايضا
قول ابي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وان لم يضر بالسفل رواية واحدة وقال شيخ الاسلام ايضا
اذا اشكل تصرف صاحب العلو هل يضر بالسفل او لا لا يملكه بالاتفاق وقال الصدر الشهيد المختار انه
اذا اشكل لا يملك واذا لم يضر يملك وذكر قاضي خان لو حفر صاحب السفل في ساحته بئرا وما اشبه ذلك
عند ابي حنيفة له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر وعلم ان ليس
لصاحب السفل هدمه فلو هدمه يجبر على بنايه لانه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو
كالراهن اذا قتل المرهون كالمولى اذا قتل عبده المديون وهذا اصل كل من اجبر على ان يفعل مع
شريكه فاذا فعل احدهما بغير امر شريكه فهو متطوع لانه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في
الفعل كنهر بينهما امتنع احدهما عن كريه وكري الاخر او سفينة يخوف الغرق او بيت او دار او حمام
او طاحونة فاصلحه احدهما او عبد مشترك جنى ففداه احدهما فهو متطوع لان الاخر يجبر وان كان
لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لاخر سقط السفل فبناه الاخر لا يكون متطوعا لانه لا يجبر
صاحب السفل على بنايه فكان في بنايه اياه مضطرا ليصل الى حقه واذا بناه وبنى عليه علوه له منع صاحب
السفل من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدي قيمته واختلف ان القيمة تعتبر وقت البنا او وقت الرجوع
والصحيح وقت البنا وانما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا اذا كان لا يمكن قسمة الشيء
فيبني في نصيبه وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحايط وعمارته قال وذكر الخصاف انه يرجع
بما انفق وهذا عندي في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب ان لا يضمن لو علا بناء السفل على قدر ما
كان عليه ذلك القدر اما اذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فانه اذا بنى لا يكون
متطوعا وكذا اذا انهدم بعضه لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنايه فلا يكون متطوعا وفي فتاوي
النسفي دار الجارين سطح احديهما اعلى ومسيل ما العليا على الاخرى فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه
او يبني عليه له ذلك وليس للجار منعه ولكن يطالبه بتسييل مايه الى طرف الميزاب وان انهدم السفل
او هدمه المالك ليس للاخر ان يكلفه العمارة لاجل اسالة الما لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانتفاع
انتهى ففرق بين حق العلو وبين حق التسييل حيث لو هدمه في الاول يجبر على البنا ولو هدم في الثاني
لا يجبر وفي الحايط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى احدهما للثاني ان يمنع الاخر من وضع الخشب
على الحايط حتى يعطيه نصف قيمة البنا مبنيا وفي الاقضية حايط مشترك اراد احدهما نقضه وابى

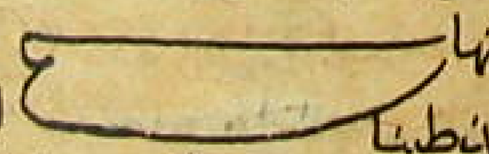
انكان

ان كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجبر وان كان بحيث يخاف عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل يجبر وان
هدماه واراد احدهما بنيه وابى الاخر ان كان اس الحايط عريضا يمكنه ان يبني حايطا في نصيبه
بعد القسمة لا يجبر الشريك وان كان لا يمكن يجبر كذا عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى
وتفسير الجبر انه ان لم يوافقه الشريك انفق على العمارة ورجع على الشريك بنصف ما انفق وفي
فتاوى قاضي خان الفضلي لو هدماه وامتنع احدهما يجبر ولكن يمنع من الانتفاع به ما لم يستوف
نصف ما انفق فيه ان فعل ذلك بقضاء القاضي وان كان بلا قضاء فبنصف قيمة البنا انتهى فلو حمل
ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البنا على ما اذا كان بلا قضا وقول الخصاف مع قول ابن ابي الفضل بما
انفق على ما اذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهري فليكن هو المحمل وهذا لانه لما كان مضطرا في البنا
كان له تضمين ما صرف لذلك غير انه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو
القاضي فيرجع القيمة ولو كان الحايط صحيحا فهدمه احدهما باذن الشريك لا شك في انه يجبر الهادم
على البنا ان ارادة الاخر كما لو هدماه وان هدمه بغير اذن الشريك وفي كتاب الحيطان رجل اراد
ان يهدم داره ولاهل السكة ضرر لانه يخرب السكة المختار انه يمنع فلو هدم مع هذا وانه يضر
بالجدار ان كان كاد ذا على البنا يجبر على البنا قيل والاصح انه لا يجبر وفي كتاب الغصب من الخلاصة
رجل هدم داره فانهدم دار جاره لا يضمن قوله واذا كانت رايغة مستطيلة ينشعب منها
رايغة اخرى مستطيلة وهي غير نافذة يعني المنشعبة فليس لاحد من اهل الرايغة الاولى اذا كان له
جدار في الرايغة المنشعبة ان يفتح في جداره ذلك بابا يخرج منه الى الرايغة المنشعبة
والذي يمكنه ان يفتح بابا في الرايغة القصوى
هو صاحب الدار التي في ركن الرايغة الثانية

وهذه صورتها



وانما قلنا ليس له ذلك لان فتحه للمرور ولا حق لاهل الرايغة الاولى في المرور
في الرايغة القصوى بل هو لاهلها على الخصوص ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن
لاهل الاولى شفعة فيها بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابا في الاولى لان له حق المرور فيها
وبخلاف النافذة فان المرور فيها حق العامة ولا خلاف ان له ان يفتح قال بعض المشايخ لا يمنع
من فتح بل من المرور لان فتح الباب رفع جداره وله ان يرفعه كله فكذا له ان يرفع بعضه والاصح انه يمنع
من الفتح لانه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ولان المنع بعد الفتح لا يمكن اذ لا يمكن
مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ولانه عساه يدعي بعد تركيب الباب وطول الزمان حقا في المرور
يستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب ممهدا لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول قوله
للظاهر الذي معه وهو فتح ولو كانت المنشعبة مستديرة فلهم ان يفتحوا الان لكل منهم حق المرور
في كلها اذ هي ساحة مشتركة غاية الامر ان فيها اعوجاجا ولهذا يشتركون في الشفعة اذا بيعت دار
منها وهذه صورتها



وفي الحيطان رجاف غير نافذ اراد انسان
ان يترك من الطريق قدر الممر للناس ويرفعه
يعني من اهله ان يخلطه بها
شريكا ويفعل في الاحايين مرة لا يمنع وكذا لو اراد ان يبني ربا او دكانا وهو الذي يسميه في عرفنا
مصطبة ولو استاذن رجلا في وضع جذوع على حايطه او حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الاذن

داره للمشتري ان ياخذه برفعها الا اذا شرط بقايها عند البايع وكذا لو كان نصب اعمدة ملاصقة لحدار الرجل مقابلة لبابه ونصب عليها وعلى وجه دار سقيفة للمشتري ان يطالبه بازالتها الا اذا شرطها ولو ان لرجل حايطا ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حايطه ولا سبيل اليه الا بدخول دار الرجل او بند الحايط فوقع نقضه في داره فاراد ان يدخل ليشيل الطين وغيره فمنعه صاحب الدار وله مجرى ماء في داره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكن الا بدخول دار الرجل وهو يمنعه يقال له اما ان تتركه يدخل ويصلح ويفعل او تفعل بمالك كذا روي عن محمد وبه اخذ الفقيه ابو الليث وفي وقف النوازل دار مشتركة بين قوم لبعضهم ان يربطوا الدابة فيها وان يضعوا الخشبة على وجه لا يضر بصاحبه وان يتوضوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب لها احد لا يضمن ولو حفر الارض بوم او زيتوا لها فان نقص الحفر يضمن النقصان وكذا لو كان الطريق بين قوم ومو عبر [illegible] ان في الطريق لا يضمن نقصان الحفر وفي اول القسمة الاصل قبيل باب قسمة الدار رجل اصابه ساحة في القسمة فاراد ان يبنيها ويرفع بناها واراد الاخر منعه وقال تسد على الريح والشمس له ان يرفع بناه وله ان يتخذ فيها حماما او تنورا وان كف عما يوذي جاره فهو احسن ولا يجبر على ذلك ولو فتح صاحب البنا في علو بنايه بابا او كوة لم يكن لصاحب الساحة منعه ولصاحب الساحة ان يبني في ملكه ما يستر مهبه ولو اتخذ بيرا في ملكه او كرباسا او بالوعة فنز منها حايط جاره وطلب جاره منه تحويله لم يجبر عليه فان سقط الحايط من ذلك لم يضمن هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية وحكي عن ابي حنيفة ان رجلا شكى اليه من بير حفرها جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البير بالوعة ففعل فنتنت البير فكبسها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه الى هذه الحيلة ولهذا كان يفتي الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني وفي مضار النوازل لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتاذون من نتن السرقين ولا يامنون على الزعا ليس لهم في الحكم منعه وبه قال الشافعي واحمد ولو حفر في داره بيرا فنز منها حايط جاره ليس له منعه قال في فصول العمادي نقلا من الذخيرة بعد ان نقل عن نصير بن يحيى ان للقاضي منع الجار من ذلك وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار والوجه لظاهر الرواية لان صاحب البنا كان ينتفع بهواء ملكه الساحة قبل البنا فصاحب الساحة اذا سد الهوا بالبنا فانما منعه عن الانتفاع بملكه ولم يتلف عليه ولا منفعة فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فاراد قلعها لا يمنع من ذلك وان تضرر به الجار لمنعه من ذلك الانتفاع ويصير هذه المسالة رواية في مسالة لا رواية لها في الكتب وصورتها بالفارسية في الذخيرة وغيرها وحاصلها بالعربية داران لرجلين لكل منهما سقف واحد فاراد احدهما ان يرفع البنا ويجعله ذا سقفين قال في الفتاوى الصغرى ان كانا في القديم بسقف واحد للاخر ان يمنعه وان كانا بسقفين فليس له منعه قال وحد القديم ان لا يحفظ اقرانه وراء هذا الوقت كيف كان قال في الخلاصة فلو اقام احدهما البينة على انه قديم والاخر على انه محدث فبينة القديم اولى قال ولا تقبل شهادة اهل السكة في هذا قال في الذخيرة ينبغي ان لا يكون له المنع على هذه المسالة لان صاحب البيت الاخر يجعل بيته ذا سقفين ويمنعه من الانتفاع بهواء ملك نفسه انتهى وعلى تقدير الفرق فالفرق ان في هذه المسالة وهي مسالة السقفين يريد ان يمنعه من الضوء والضوء من الحوايج الاصلية وفي مسالة الاصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوايج الزايدة انتهى واما قوله صلى الله عليه وسلم

لاضرر ولا اضرار فلا شك انه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبخ ينتشر به دخان فقد يخص في خصوص اماكن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا اذا كان فيهم مريض يتضرر به وكالرياك من التضرر بقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد ان يحمل على خصوص من الضرر وهو ما يودي الى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش وفي الذخيرة حكي عن بعض مشايخنا ان الدار اذا كانت مجاورة لدور فاراد صاحب الدار ان يبني فيها تنورا للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين يمنع منه لانه يتضرر جيرانه ضررا فاحشا قيل اجمعوا على منع الدق الذي يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحى من ذلك والحاصل ان القياس في جنس هذه المسايل ان يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لانه متصرف في خالص ملكه وان كان يلحق الضرر بغيره لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين فيما ذكر الصدر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البنا سبب له اذ يخرج عن الانتفاع بالكلية وهو ما يمنع الحوايج الاصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرد المتقدم واختاروا الفتوى عليه فاما التوسع الى منع كل ضرر ما فينسد باب الانتفاع بملك الانسان كما ذكرنا قريبا ومنه ذكر ابو الليث في فتاواه سطحها وسطح جاره مستويان فاخذ جاره حتى يتخذ حايطا بينه وبين جاره ليس له ذلك فلو اراد ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة ان كان اذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع وان كان لا يقع لكن يقع اذا كان على السطح ليس له المنع قال في فصول العمادي وعلى قياس المسالة المتقدمة وهي ان لا يمنع صاحب الساحة ان يفتح صاحب العلو كوة ينبغي ان لا يكون في هذه للجار حق المنع من الصعود وان كان بصره يقع في دار جاره الا ترى ان محمدا لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في علوه مع ان بصره يقع في الساحة والمراد من قوله ياخذ جاره ببناء السترة ان يشاركه في بنائها الا ان يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان دار بين رجلين قسماها وقال احدهما نبني حاجزا بيننا ليس على الاخر اجابته وان كان احدهما يؤذي الاخر بالاطلاع عليه كان للقاضي ان يامرهما ببنايه يتخارجان نفقته بقدر حصة كل منهما يفعله القاضي للصلحة ونظيرها في فتاوى ابي الليث رجل في داره شجرة فرصاد فاذا ارتقاها يطلع على عورات الجار يمنعه القاضي منه اذا رآه قال في الذخيرة وعلى قياس مسالة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى ولقد احسن الصدر الشهيد في واقعاته حيث قال المختار انه ان ارتقى يخبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين حتى يستروا انفسهم لان هذا جمع بين الحقين قوله ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يده ثم صالحهم منها فهو جايز وهي مسالة الصلح على الانكار وسنذكره في الصلح ان شاء الله وينقل في النهاية عن بعضهم انه اراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه ليصح الدعوى فانها لا تصح مع جهالة المدعى به وينقل عن ظهير الدين انه كان يقول الصلح عن الدعوى الفاسدة انما يصح اذا كانت صحيحة لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين واليمين انما تتوجه اذا صحت الدعوى قال وهذا يشكل على قول ابي حنيفة فانه لو ادعى رجل على امراة نكاحا فصالحته على مال لتدفعه اليه صح مع ان اليمين لا يتصور في النكاح عنده فالحق ان الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى او لم تصح ولذا قال المصنف والمدعي وان كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لانه

جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة يعني وهو المانع **قوله** ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها
له في وقت يعني ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها الي فملكتها وهي الآن في يده واطالبه بدفعها الي
فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لي بينة على الهبة بل على الشراء لانه بعد الهبة والتسليم ظفر بها
فحبسها عني فاشتريتها منه واقام بينة فشهدوا وارخوا وقتا قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل
لظهور التناقض بين الدعوى والبينة لان الدعوى ان الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بانه
قبل الهبة وبين نفس اجزاء الدعوى لانه بمقتضى البينة وقوله كانه قال وهب لي هذا الشيء وكان ملكي بالشراء
قبل فلا يثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان متناقضا ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق
الذي وفقه ولو ادعى الهبة يعني وارخ فطولب بالبينة فقامت على الشراء قبله ولم يقل جحدني
الهبة فاشتريتها توفيقا لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ كانه يريد في الاصل لان دعوى الهبة اقرار
منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع منه فعد متناقضا بخلاف ما اذا ادعى شراء
بعد الهبة لانه تقرر ملك الواهب عندها اي عند الهبة ولو لم يؤرخ الشراء يقبل البينة كما لو
ذكرنا بعد الهبة لامكان الحمل على ما ينتفي به التناقض وهذا على احدى الروايتين في تصحيح الدعوى
اذا امكن التوفيق وان لم يوفق المدعي وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل انها داره
اشتراها من ابيه في صحته وهو ينكر واقام المدعي على ذلك بينة ولم يترك او لم تقم بينة وحلف
المدعى عليه ثم اقام بينة انها داره وورثها من ابيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الارث تناقضا
ولو ادعى الارث من الاب او الام ثم ادعى الشراء منه بعد ذلك واقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لامكان
التوفيق في الاول بخلاف الثاني قال شيخ الاسلام اذا امكن التوفيق تصح الدعوى وان لم يدع المدعي
التوفيق وفي دعوى المبسوط اشارة الى انه لا تقبل بينته الا ان يوفق المدعي فكان التوفيق من المدعي
شرطا في رواية وليس شرطا في اخرى وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعي قياس وما
قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان فان قيل ينبغي ان لا تقبل هذه البينة لانه يدعي شراء ما ملكه
بالهبة والتسليم اجيب بان سائر العقود تنفسخ بالتجاحد الا النكاح وههنا كذلك فان الفسخ يتحقق
من جهة الواهب بجحده ومن اقدام الآخر على الشراء منه فقد رضي بذلك فانفسخت الهبة بتراضيهما
فاذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه **قوله** ومن قال لآخر اشتريت مني هذه الجارية
فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها لوجهين احدهما ان المشتري لما جحد كان
فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت بالجحد كما اذا تجاحدا معا حيث ينفسخ قطعا فاذا عزم البائع على ترك الخصومة
تم الفسخ واورد عليه ان مجرد العزم لا يحصل به الفسخ الا ترى ان من له خيار الشرط اذا عزم بقلبه على
فسخ العقد لا ينفسخ الجواب بان المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من امساكها ونقلها الى بيته
فان امساكها لا يحل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر اجرتك هذه الدابة يوما بكذا
لتركبها الى مكان كذا فاخذ المستاجر كي يركبها كان ذلك قبولا دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بلا
قبول وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه على العزم
بالقلب ولا يكتفي بمجرد النية وبنى في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكر في الجامع اشترى عبدا ثم باعه
من آخر فجحد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الاول الى القاضي ولا بينة له فعزم المشتري الاول

على ترك

على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الاول واراد رده فاحتج البائع عليه بدعواه
البيع على الثاني فان كان عزم المشتري على ترك الخصومة كان بعد تحليف الثاني برده او قبله فلا
لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني وهذا بخلاف ما لو جحد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة
على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج والنكاح لا يحتمل الفسخ بسبب من الاسباب الوجه الثاني
التزاما ان الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البائع
فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي وسنذكر نظر صاحب الكافي في بدائع الوجهين قريبا
قوله ومن اقر هنا مسائل الاقرار بالقبض ومسائل الاقرار بالدين اما مسائل القبض فما اذا اقر انه
قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى وهو ايضا القبض
يعني اقر انه قبض من مديونه بدين اقرضه او ثمن مبيع او بدل اجارة او قال غصبت منه او اودعني
الف درهم ثم قال الا انها زيوف او نبهرجة او قال بعد نعم هي زيوف او نبهرجة يصدق في الوصل
والفصل وفي المبسوط اقر الطالب انه اقر بما له على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله
وصل ام فصل واطلاق المصنف قوله صدق وهذا بخلاف ما اذا اقر بالدين في المبسوط في باب الاقرار
بالدين لو قال لفلان علي الف درهم من ثمن مبيع او قرض او اجارة الا انها زيوف او نبهرجة لم يصدق
في دعوى الزيافة وصل ام فصل في قول ابي حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو
قال لفلان علي الف درهم من غير ذكر سبب تجارة او غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف ايضا لان
مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا
وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة وتاتي الحجج ان شاء الله من الجانبين وقال الشافعي واحمد
اذا فصل لا يقبل في جميع الصور لانه لما ذكر العشرة فهم الجياد وقوله هي زيوف رجوع عما اقر به
قلنا في مسألتنا انما اقر بالقبض وقبض الدراهم لا يختص بالجياد لان اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل
تقع على الزيوف والنبهرجة فاذا قال هي زيوف او نبهرجة كان حاصله انه اعترف بقبض عين من الدراهم
منكرا انه قبض حقه اعني الجياد فيصدق مع يمينه اذ القول للآخر يكن به ولم يكن رجوعا عن شيء لان الاعم
يصدق على كل اخص فاذا ادعى انه بعض ما صدق عليه بعينه وانه مما صدق فانه الاخرى لا يكون متناقضا
بخلاف ما لو قال هي ستوقة او رصاص لا يقبل لانها ليست من جنسها فكان رجوعا واما لو اعترف بانه
قبض الجياد او حقه او الثمن او استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنبهرجة لانه في هذا
مقر بقبض صريحا في الاول ودلالة فيما بعده لان حقه والثمن وكذا بدل الاجارة هي الجياد قال
في النهاية جمع المصنف بين هذه المسائل الاربع في الجواب بانه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء
فانه اذا اقر بقبض الجياد ثم ادعى انها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا وفيما يصدق موصولا
لا مفصولا والفرق ان قوله قبضت مالي عليه او حقي اقرار بقبض القدر والجودة بلفظ فاذا استثنى
الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال علي الف الا مائة اما اذا قال قبضت عشرة
جيادا فقد اقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا انها زيوف فقد استثنى
الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال علي مائة درهم دينار الا دينارا فان الاستثناء باطل وان
كان موصولا فان قيل يجب ان لا يصح استثناء الجودة وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع

تبع للدراهم وصفة لها واستثناء التبع موصولا يصح كاستثناء البناء من الدار لا يصح وان كان موصولا
قلنا انما لا يصح استثناء البناء لانه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه موصولا واما الجودة فقد دخلت
تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه اقر بقبض ما عليه وكما عليه تسليم الوزن عليه تسليم الجودة فكانت
الجودة داخلة تحت قوله مالي عليه وحقي عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا انتهى
وقال صاحب الدراية بعد ان نقله فيه نوع تامل وعندي ان التامل يشعر لا يرده وكانه والله اعلم
اشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من انها تبع وصفة للدراهم والصفة ابدا تابعة للموصوف
وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا الحاصل رده على السائل ان ما يكون تبعا في الوجود
قد يكون مقصود المتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ القصد الباقي سواء كان
تبعا للوجود له او اصلا مثله وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم
باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا ولذا
قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه
المموهه وتعقب في النهاية اطلاق قوله في الستوقة لا يصدق بل ذاك اذا قال مفصولا اما في الموصول
يجب ان يصدق فانه قال في اقرار المبسوط لو اقر انه قبض خمسمائة درهم مما له على المديون ثم قال بعد
ما سكت هو رصاص لم يصدق لان اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة وان قال موصولا فالقول
قوله لان الرصاص من الدراهم صورة وان لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه الى ما هو محتمل
فيصح موصولا ففي الستوقة اولى لان الرصاص ابعد منها الى الدراهم وذكر المحبوبي في جامعه مصرا فقال
فاما اذا قال وجدتها ستوقة او رصاصا قال شيخ الاسلام خواهر زاده ذكر محمد انه يصح اذا كان
موصولا وقدمنا ان القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب انها كانت جيادا في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف احلفه اذا اتهمه **قوله** ومن قال لاخر لك علي الف درهم فقال ليس لك علي
شيء او قال هي لك او قال هي لفلان فقد رد اقراره فلو عاد الى تصديقه وادعى الالف لم يسمع منه
الا ان اعاد المقر الاقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الاقرار الثاني فانه يثبت استحسانا لا
قياسا بخلاف ما لو اقر سيد العبد بنسبه لانسان فكذبه المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند
ابي حنيفة رضي الله عنه لان الاقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للمراد ان يعود ويدعيه فلم يبطل
بالرد فبقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن ان يدعيه لنفسه ولو كان الاقرار بسبب المال مثل ان يقول اشتريت
مني وانكر له ان يعود فيصدقه لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فانكاره ان كان فسخا من جهته لا يحصل به
الانفساخ وكان العقد قائما بعد انكاره فله ان يصدقه بعد ذلك اما المقر له بالمال فينفرد بالرد قالوا
وناقضه في الكافي بانه ذكر هنا ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ وفيما تقدم يعني من مسئلة التجاحد
قال ولانه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضى البايع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب
انتهى وهو صحيح والمقتضى انه لو تعذر الاستيفاء مع الاقرار بان مات ولا بينة ان له ان يفسخ ويستمتع
بالجارية فالوجه ما قدمه اولا وههنا فروع ذكرها في النهاية لو صدقه ثم رد اقراره لا يرتد ولو وهبت
المراة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل وكذا لو قبل المديون الابراء ثم رده وكذا لو قال لعبده
وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد لانه اعتاق وهذا كله في رد المقر له اقرار المقر فاما لو رد المقر اقرار نفسه

كان اقر بقبض المبيع او الثمن ثم قال لم اقبض واراد تحليفه لا احلفه اقبضه او قال بعد ان اقر بقبض المبيع
لم اقبض او قال هذه لفلان ثم قال هو لي واراد تحليف فلان او اقر بدين ثم قال كنت كاذبا واراد تحليف
الداين انه اقبضه لا يحلف في المسائل كلها عند ابي حنيفة ومحمد لانه متناقض فهو كما لو قال ليس لي على فلان
شيء ثم ادعى عليه مالا واراد تحليفه لا يحلف وعند ابي يوسف والشافعي رحمه الله يحلف وهو رواية
عن احمد لان العادة جرت على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الاشهاد بعد ان يسلمه
فيجب ان يراعى العادة وصار كما لو اقر بالبيع وقال كان تلجئة وطلب يمين الاخر حلف عليه كذا هذا وقال
الصدر الشهيد الراي في التحليف الى القاضي يريد انه يجتهد في خصوص الوقايع فان غلب على ظنه انه لم يقبض
حين اقر واشهد يحلف له خصمه ومن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يحلفه وهذا انما هو بالتفرس في
الاخصام والله الهادي **قوله** ومن ادعى على اخر مالا معلوما القدر وما يصح به الدعوى فقال
المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي بينة على الف واقام هو بينة على القضا قبلت بينته
وكذلك لو اقامها على الابراء وقال زفر لا تقبل ونقل عن ابن ابي ليلى لان القضا يتلو الوجوب وقد انكر
الوجوب حيث قال ما كان لك علي شيء قط فاذا اقام على انه قضاه تناقض ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق
قد يقضى دفعا للشغب وان لم يكن عليه حق ويبرا منه وكذا يقال قضى بباطل وايضا قد يصالح على شيء
فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان التوفيق اظهر لانه نفى في الحال وهو لا يستلزم
النفي مطلقا لجواز القضاء او الابراء بعد اللزوم فينتفي في الحال بعد وجوده وهذا الاطلاق يقتضي
قبول البينة اذا احتاجت الى التوفيق من غير دعوى التوفيق وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق
ولم يذكر في بعض المواضع فقيل يشترط الدعوى في الكل وتحمل ما سكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال
في الاقضية لا ينبغي للقاضي ان يوفق لانه نصب لفصل الخصومات لا لانشائها ولان القاضي لا يدري
ما يوفق به المدعي وفي الفوائد الظهيرية كان والدي يفتي بان التوفيق اذا كان ممكنا يجب على الحاكم
التوفيق كيلا يتعطل حجج الشرع والتوسط في هذا ان وجه التوفيق اذا كان ظاهرا متبادرا يجب ان يسمع
البينة بلا توفيق المدعي لقوله ليس لك علي شيء ثم اقامها على انه قضاه ونحوه وان كان متكلفا لا يعتبره
القاضي واقعا ما لم يذكره المدعي والله سبحانه اعلم وذلك مثل قوله وهبها لي ثم انكر فاشتريتها
وكذا ايمانه في الجارية لم ابعها له ولكن اقام بينة كاذبة بالبيع فسالته ان يبرئني من العيوب فان
مثل هذا في الحنيفية تلقين للحجة هذا فلو زاد على ذلك فقال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك وقال
ولا رايتك او لا جرى بيني وبينك مخالطة ولا خلطة ولا اخذ ولا اعطاء او ما اجتمعت معك في مكان
وما اشبه ذلك ثم اقام بينة على القضا او الابراء لم تقبل لتعذر التوفيق وذكر القدوري عن اصحابنا انها
تقبل ايضا لان المحتجب او المخدرة قد تؤذى بالشغب على بابه فيامر بارضائه ولا يعرفه بعد ذلك فامكن
التوفيق فعلى هذا قالوا لو اوجبنا التفصيل فان كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل بينته والا
قبلت وفي الشافعي لو قال لم ادفع اليه شيا ثم ادعى الدفع لم يسمع لانه يستحيل ان يقول لم ادفع اليه
شيا وقد دفعته اما لو ادعى اقراره بالدفع اليه او القضا ينبغي ان يسمع لان المناقض هو الذي يجمع
بين كلامين وهنا لم يجمع ولهذا لو صدقه المدعي عيانا لا يكون متناقضا ذكره التمرتاشي وقيل تقبل
البينة على الابراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة **قوله** ومن ادعى على اخر

انه باعه جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام المدعي البينة على شرايه اياها منه فقبضها فوجد بها اصبعا
زايدة او نحوه من عيب لا تحدث مثله في تلك المدة لتعلم انه من كان في يد البايع واراد ردها فاقام البايع
بينة انه بري اليه من كل عيب لم تقبل وعن ابي يوسف تقبل اعتبارا لما ذكرنا يعني التوفيق في الدين وقوله
وعن ابي يوسف يشير الى انها ليست ظاهر الرواية عنه ولذا لم يذكر محمد فيه خلافا بين اصحابنا في الجامع الصغير
وانما حكاه الخصاف عن ابي يوسف ووجه التوفيق هنا ان يقول لم يكن بيننا بيع ولكنه لما ادعى علي
البيع سالته ان يبريني عن العيب فابرائي كذا قال شارح ولان البيع غير البراءة من العيب فجحود احدهما
لا يمنع دعوى الاخر ولا يخفى ما فيه وذكر في وجه التوفيق ايضا ان يكون البايع وكيلا عن المالك في البيع
فكان قوله للمالك ما بعتها لك قط صدقا فاقامة البينة على البراءة من العيوب ليس تناقضا والوجه
اعم لانه لو كانت هذه الدعوى على ان الوكيل نفسه لا يوفق بذلك ونظيره ما ذكر التمرتاشي اقام بينة
على الشراء وذو اليد منكر ثم اقام المنكر بينة على ان المدعي قد رد البيع قبلت ولا يبطل انكاره البيع بينته
لانه يقول اخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فاقالني ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد
من اقتضايه وصف السلامة الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين
لانه قد يقضي وان كان باطلا ولا يخفى ان كلا من وجهي التوفيق الاول والثالث يدفع هذا **قوله** ذكر
حق يعني صكا في اقرار بدين قال في اخره ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه يعني من اخرجه كان له ولاية
المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله متصلا بهذه الكتابة او صك شراء كتب فيه وما ادرك
فلان المشتري من الدرك فعلى فلان خلاصه ان شاء الله فعند ابي حنيفة يبطل الصك كله الدين في الاول
والشراء في هذا والخلاص وعندهما كله من الدين في الاول والشراء في هذا والخلاص وعندهما كل من
الدين والشراء صحيح وقوله ان شاء الله ينصرف الى ما يليه وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة
وقولهما استحسان له ان الكل بواسطة العطف كشيء واحد اتصل به الاستثناء فينصرف الى الكل للاتفاق على
ان قول القايل عبده حر وامراته طالق وعليه المشي الى بيت الله ان شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا
عتاق ولا يلزم نذر ولهما ان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق **وكذا** الاصل في الكلام
الاستبداد فقام العلم بالمقصود من كتب الصك دلالة على صرفه الى الاخير هذا هو العادة
وعليها يحمل الحادث لا على انه قد يكتب للابطال لغرض قد يتفق وظاهر الوجه من الجانبين ان ان شاء الله
اجري بالاتفاق مجرى الاستثناء غير ان ابا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء الى ما يليه خاصة
بسبب العطف وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد اذ لو كان كذلك لم يتصور في
جمل متعددة بعضها استثناء ينصرف الى الاخيرة لان وجود الجمل المتعددة انما يكون بالعطف فاذا كان
العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بجمل منسوق بعضها على بعض ان ينصرف الى الكل ويستحيل
وجود المسألة بل الوجه ان ان شاء الله شرط وحكم الشرط اذا اعقب جملا منسوقة بعضها على بعض ان ينصرف الى
الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم النذر فيما ذكرنا فمشى ابو حنيفة على حكمه وهما اخرجا صور كتب
الصك من عمومه لعارض اقتضى تخصيص الصك من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه
ولذا كان قولهما استحسانا اجماعا على قوله هذا اذا كان ان شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة فلو فصل
ببياض وهو الوجه صار كفاصل السكوت فلم يعمل شيئا اتفاقا وقد اورد ان هذا الكلام يقتضي انه لو لم

ان شاء الله

ان شاء الله لم يبطل شيء ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولي
ما فيه وتوكيل المجهول لا يصح **اجيب** بان الغرض من كتابته اثبات رضى المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعي
فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند ابي حنيفة فان التوكيل بالخصومة لا يصح الا برضى
الخصم عنده ودفع بانه لا يفيد على قوله لان بهذا يثبت الرضى بتوكيل وكيل مجهول والرضى بتوكيل المجهول
باطل فلا يفيد على قوله ايضا وقيل بل فايدته التحرز عن قول ابن ابي ليلى فانه يصح التوكيل بالخصومة بلا
رضى الخصم الا اذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز لكن ذكر في كتب المذاهب الاربعة ان عند
ابن ابي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضى الخصم مطلقا والله سبحانه اعلم

فصل في القضاء بالمواريث

واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وانا استحق في ميراثه وقالت الورثة
بل اسلمت قبل موته فلا ميراث لك فالقول قول الورثة وكان الاولى ان يقال بدل قوله القول قول الورثة
لا تصدق الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت انهم
يعلمون بكفرها بعد موته فلها ان تحلفهم على العلم وقال زفر القول لها لان الاسلام حادث فالظاهر
اضافته الى اقرب الاوقات **ولنا** ان سبب الحرمان من الميراث ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما
للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر استصحاب الماضي للحال نعتبره للدفع وما ذكرنا
هو عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال الى الماضي ولكنه اعتبره للاستحقاق
وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد جريان الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستاجر اذا ال
بمدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه والحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقا
اجرة الماضي فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب احسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق
كثيرا ما يكون ظاهرا كاخبار الاحاد قد يثبت ما يوجب استحقاقا ولو مات المسلم وله امراة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة اسلمت بعد موته فالقول لهم ايضا ولا
تحكم الحال هنا لان الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون والاستصحاب
يكفي لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضي من كفرها الى ما بعد موته فالمسلتان مبنيتان على اصل واحد
وهو ان الاستصحاب اعتبرهما للدفع لا للاستحقاق **فان قيل** اعتبار الحال في ما الطاحونة شاهدا
للماضي عمل باثبات الاستحقاق بالاستصحاب فان به يستحق مالكها اجر الماضي اذا كان جاريا **اجيب**
بان هناك اتفقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ولكن اختلفوا في التاكيد والظاهر يصلح حجة
للتاكيد وفي مسالة الميراث نفس السبب مختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند
الموت واستشكل بما ذكر محمد في الاصل اذا مات وترك ابنين فقال احدهما مات ابي مسلما وقد كنت
مسلما حال حيوته وقال الاخر صدقت وانا ايضا اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه
وقال بل اسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلامه فيما مضى مع
قيام السبب في الحال وهو البنوة **اجيب** بانه انما يصار الى ما ذكر من الطريق اذا اختلفا في نفس الحكم
في ثبوت ما هو ثابت للحال واما اذا اختلفا في مقدار منه فلا يصار الى تحكيم الحال وان كان
السبب قايما حتى ان في مسالة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الاجارة بان قال المستاجر

كان الما منقطعا شهرين وقال الاجر شهرا فالقول للمستاجر مع يمينه منقطعا كان الما او جاريا في
الحال لانهما اختلفا في جريان مقدر وهو غير ثابت للحال وفي مسئلة الابنين ومسئلة الكتاب لاخلاف
واقع في مقدار مدة الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا اسلام
مقدر فهذا هو الماخذ في المسئلة وذكر الامام التمرتاشي مسئلة وهي ترد ايضا شبهة على الاصل اعني
كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر وهو لو ادعت المراة انه ابانها في المرض فصار فارا فانا ارث وقالت
الورثة بل في الصحة فالقول قولها لانا انكرت المانع من الارث وهو الطلاق في الصحة يعني والاصل
عدم المانع قوله ومن مات وله في يد رجل اربعة الالف درهم مثلا وديعة فاقر المستودع لرجل
انه ابن الميت لا وارث له غيره فان القاضي يقضي عليه بالدفع اليه لانه اقر ان ما في يده حق الوارث
ملك له خلافة فهو كما اذا اقر انه حق المورث وهو في اصالة بخلاف ما اذا اقر المودع لرجل انه وكيل
المودع بالقبض اي بقبض الوديعة او انه اشتراه اي اشترى الوديعة التي في يده من المودع حيث
لا يؤمر بالدفع لانه اقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الان اذ هو حي فيكون اقرارا على مال
الغير ولا كذلك بعد موته لزوال ملكه فانه اقر بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك المالك معين فيه
للحال وفي فصل الشرا وان كان فيه اقرار بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره اعني المالك لانه لا
يملك ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة ثم لو دفع الى الذي اعترف
له بالوكالة بقبض الوديعة هل له ان يستردها قيل لا لانه يصير ساعيا في نقض ما تم به وقال
ظهير الدين كان والدي يتردد في جواب هذه المسئلة ولو لم يدفع الوديعة للذي اقر له بالوكالة
حتى هلكت قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع وقيل لا
لانه لم يجب عليه الدفع بخلاف المديون اذا اقر لرجل انه وكيل الداين بقبض ما له عليه فانه يؤمر
بالدفع اليه لانه غير مقر على مال غيره اذ الديون تقضى بامثالها والمثل ملك المقر فانما اقر على نفسه
حتى يرجع عليه الداين اذا لم يعترف بالوكالة اذا قدم فيؤمر بالدفع ولو قال المودع لاخر هذا
ابنه ايضا وانكر الابن الاول قضي بالمال للاول وحده لما صح اقراره للاول على ذلك الوجه انقطع
يده عن المال فيكون اقرارا على الغير وهو الابن الاول فلا يصح كالوكالة للاول بما معروفا ولانه حين
اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب وهو الاول فلا يصح وهل يضمن للابن الثاني
شيا قال في غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثاني شيا باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم
تحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا
بالمال وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما ادى للابن الثاني الذي اقر له اذا دفع
الوديعة بغير قضاء القاضي وبه قال الشافعي في قول واحمد في قول وفي قول لا يضمن لان اقراره لله
صادف ملك الغير فلا يلزم منه شي وقال في النهاية فان قيل كان ينبغي ان يضمن المودع للابن الثاني
الذي اقر له انه ابن الميت كما لو بدا المودع بالاقرار لغير القاضي المعزول بالوديعة ثم اقر بتسليم القا
اليه وقد ذكر في ادب القاضي من الكتاب انه يضمن للقاضي قيمته قلنا هذا ايضا يضمن اذا دفع
الوديعة الى الابن الاول بغير قضا القاضي نصف ما ادى الى الاول انتهى وهذا هو الصواب
واختلف في اللقطة اذا اقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع فيه مذكور في اللقطة وفي الجامع الصغير

لو ادعي الوصاية وصدقه مودع الميت او الغاصب منه لا يؤمر بالدفع هذا كله في الابن فلو اقر
المودع لرجل انه اخ الميت شقيقه وانه لا وارث له غيره وهو يدعيه او لمن ادعي وصيه بالف
مثلا انه صادق فالقاضي يتانى في ذلك لان استحقاق الاخ بشرط عدم الابن بخلاف الابن لانه
وارث على كل حال غير انه احتمل مشاركة غيره وهو موهوم وفي الوصية هو مقر على الغير لانه اقر
انه ليس خلفا عن الميت واذا تانى ان حضر وارث اخر دفع المال اليه لانه خلف عن الميت وكان القول
قوله في الوصية وان لم يحضر وارث اخر اعطى كل مدع ما اقر به لكن يكفل ثقة وان لم يجد كفيلا اعطا
المال وضمنه ان كان ثقة حتى لا يهلك امانة وان كان غير ثقة يتلوم القاضي حتى يظهر انه لا وارث
للميت او اكبر رايه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ولم يقدر مدة التلوم بشي بل موكول الى راي القا
وهذا اشبه بابي حنيفة وعندهما مقدر بحول هكذا حكي الخلاف في الخلاصة عن الاقضية
قال وعن ابي يوسف مقدر بشهر هذا اذا قال ذو اليد لا وارث له غيره فان قال له وارث ولا ادري
امات ام لا لا يدفع الى احد منهم شيا لا قبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعي بينة تقول لا نعلم له
وارثا غيره وكل من يرث في حال دون حال كالاخ والاب والام والبنت كالابن ولو ادعي انه اخو
الغايب وانه مات وهو وارثه لا وارث له غيره او ادعي انه ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او كانت
امراة وادعت انها عمة الميت او خالته او بنت اخيه وقال لا وارث له غيري وادعي اخر انه
زوج او زوجة للميت او ان الميت اوصى له بجميع ما له او ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا ادري للميت
وارثا غيرهما او لا لم يكن لمدعي الوصية شي لهذا الاقرار ويدفع القاضي الى الاب والام والاخ
ومولى العتاقة او العمة او الخالة او بنت الاخت اذا انفرد اما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعي
البنوة مدعي الاخوة لكن مدعي هذه الاشيا اذا زاحمه مدعي الزوجية او الوصية بالكل او الثلث
مستند الا باقرار ذي اليد فمدعي الاخوة او البنوة اولى بعد ما يستحلف لان ما هذه زوجة الميت
او يوصي له هذا اذا لم يكن بينة على الزوجية والوصية فان اقام احدهما وهل يوخذ منه الكفيل تقدم
ولو اقر ذو اليد ان الميت اقر ان هذا ابنه او ابوه او مولاه اعتقه او اوصى له بالكل او ثلثه او ان هذه
زوجته فالمال للابن والمولى كما لو عاينا اقر بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لان ذا اليد
اقر بسبب منتقض قوله واذا قسم الميراث بين الغرما او بين الورثة لا يوخذ منهم كفيل عند ابي حنيفة
وقال هذا شي احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم كانه عني به ابن ابي ليلى فانه كان يفعله بالكوفة
وقالا يا اخذ الكفيل اي لا يدفع اليهم حتى يكفلوا والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم
يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره اما اذا اثبتا بالاقرار فيوخذ الكفيل بالاتفاق اذا قال الشهود
لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتانى القاضي سواء كان ذلك الوارث ممن يحجب او لا يحجب ولو
قالوا لا وارث غيره فكذلك استحسانا ثم ما ذكر من نفس الدفع اذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا
اخر هو فيما اذا كان وارثا لا يحجب بغيره وتفصيل المسئلة في ادب القاضي للصدر الشهيد قال
واذا احضر الرجل وادعى دارا في يد رجل انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له واقام على ذلك
بينة ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم بل قالوا وتركها الورثة لا تقبل ولا يدفع اليه شيا
حتى يقيم بينة على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما والقضا بغير المعلوم متعذر

وهنا ثلاث فصول الاول هذا وهو ما اذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفوهم والثاني ان
يشهدوا انه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره فان القاضي يقضي بجميع التركه بلا تلوم الثالث ان
يشهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره
فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث اخر قسم المال بينهم وان لم يحضر دفع الدار اليه
ويأخذ كفيلا عندهما ولا يأخذ عند ابي حنيفة ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال اذا كان
ممن لا يحجب كالاب والابن فان كان يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع اليه وان كان ممن يحجب
نقصان كالزوج والزوجة يدفع اليه اقل النصيبين عند ابي يوسف وعند محمد اوفرهما وهو النصف
للزوج والربع للزوجة وقول ابي حنيفة مضطرب هذا اذا ثبت الدين والارث بالشهادة فاما
اذا ثبتا بالاقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق ومن صوره ما اذا اقر المودع لرجل انه ابن الميت ولم يزد
عليه فالقاضي يتأنى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه والاليق بقول ابي حنيفة وهو ان ينتظر زمانا
يغلب على ظنه انه لو كان له وارث آخر لظهر وقدره الطحاوي بعام فان لم يظهر وارث اخر دفع المال
واخذ كفيلا لاحتمال ان يظهر اخر قيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة لا يأخذ وقيل يأخذ عند الكل
لان الثابت بالاقرار دون الثابت بالبينة لما ان القاضي ناظر للغيباء اي مأمور بالنظر لهم والظاهر
ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع القاضي
الآبق واللقطة الى الذي اثبت عنده انه صاحبه اخذ كفيلا للمعنى الذي ذكرنا وهو ان القاضي
مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه وكذا اذا اعطى امرأة الغائب يعني اذا كانت تستنفق اي تطلب
النفقة وزوجها غائب وله في يد رجل وديعة وهو مقر بالزوجية والوديعة فالقاضي يعطيها
من ماله ويأخذ كفيلا ولابي حنيفة ان الحق ثابت قطعا اي فيما اذا كان الوارث الاخر معدوما
او ظاهرا فيما اذا كان موجودا والقاضي لم يكلف باظهاره على وجه يوجب حق الحاضر بل هو مكلف
بالعمل بما ظهر عنده فلا يؤخر الى زمان التكفيل لحق موهوم ارايت لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه
هذا ظلما وصار كمن اثبت الشراء ممن في يده لا يؤخذ كفيلا من المشتري بعد ما اثبت شراءه بالحجة
ومن رب الدين الذي اثبت دينه على العبد بالبينة حتى بيع العبد لاجل دينه لا يؤخذ كفيل منه
وان كان يتوهم حضور مشتر اخر قبله وغريم اخر للعبد ولان المكفول له مجهول فهو كما لو كفل
واحد من الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوجة ثابت والزوج معلوم فاما الآبق واللقطة ففي
اخذ الكفيل روايتان عنه والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع اللقطة بعلامة او باقرار العبد
يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع مع العلامة واقرار العبد بالاباق ولا يقال
يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقض لانه ليس بخصم ولا يقال يأخذ للميت لان حقه في تسليم
ماله الى وارثه وقد ثبت وراثته فلا معنى للاشتغال باخذ الكفيل فان قيل القاضي يتلوم
في هذه الصورة بالاجماع ذكره في الاسرار وكذا ذكر الصدر الشهيد والتلوم انما هو لتوهم
وارث او غريم اخر وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغي ان يأخذ الكفيل لبقاء الشبهة ويدفع
الى الحاضر لقيام الحجة لان الحجة راجحة على الشبهة فاظهرنا رجحانها في الدفع اليه فيجب ان يظهر
قيام الشبهة في حق الكفيل عملا بالجهتين اجيب بان العمل بالحجة بعد قيامها لا بالبينة وليس

التكفيل كالتلوم لان التلوم لطلب علم زايد له ليتم علمه بقدر الممكن فان التلوم يقوم مقام قول الشهود
لا وارث له غيره فان هذا ليس بشهادة لانها على النفي بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره اما الكفالة
فطلب امر زايد من المستحق فلا يجوز الا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهوم قال المصنف وقوله ظلم
اي قول ابي حنيفة يكشف عن مذهبه ان المجتهد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض انه قايل بان كل مجتهد
مصيب لقول المعتزلة جرهم الى هذا القول بوجوب الاصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطا لازمة لهم
على الصواب واجبا وسبب نسبة هذا الى ابي حنيفة ما روي عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتي
كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد ولو حمل على ظاهره لكان متناقضا اذ قوله والحق عند الله
واحد يفيد ان ليس كل مجتهد اصاب الحق والا لكان الحق متعددا فلزم ان معنى قوله كل مجتهد مصيب
اي يصيب حكم الله بالاجتهاد فانه تعالى اوجب الاجتهاد على المتأهل له فاذا اجتهد فقد اصاب بسبب
قيامه بالواجب وقال محمد لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضي بينهما نفذ وقد اخطا السنة **قوله**
واذا كانت الدار في يد رجل واقام اخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه فلان
الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الاخر في يد الذي هي في يده الى ان يحضر الغائب ولا يستوثق منه
بكفيل وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان كان الذي هي في يده قد جحد فاقيمت عليه البينة
اخذ منه النصف ووضع على يد امين وان لم يكن جحد ترك في يده لما ان الجاحد خاين ظهرت خيانته
بالجحد فلا يترك في يده لقرب ان يتصرف فيه اما لاعتقاده انها ملكه وان البينة كذبة او بخيانته
بخلاف ما لو اقر انها مال الميت مودع عنده فانه لم يظهر منه خيانة وقد رضيه الميت فكان
اولى بحفظها ولابي حنيفة ان القضا انما يقع اولا للميت مقصودا لانه بعد ثبوت انه مال الميت حينئذ
يقضي ديونه ويقسم المال وكونه مختار الميت ثابت مع جحده ولا ينقض يده كالمقر وجحوده
قد ارتفع بقضاء القاضي بها للميت والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة
له وللقاضي وموت القاضي وعزله قبل ان يصل الغائب وكذا احتراق المحضر والتلف نادر
لا يوجب اختلاف الحكم لندرته فلو كانت الدعوى في منقول وانكر والباقي بحاله فقد قيل
يؤخذ منه النصف بالاتفاق لانه يحتاج الى الحفظ والنزع ابلغ في الحفظ من تركه في يده اذ ربما
يتصرف فيه متأولا كما ذكرنا او خيانة بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا اي ولاجل ان
المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع ابلغ في حفظه من تركه ملك الوصي بيع المنقول على
الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على الصغير يعني يملك بيع المنقول
على الكبير الغايب مع ان هؤلاء ليس لهم ولاية في المال وقيل المنقول على الخلاف ايضا عنده يترك
في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه وقول ابي حنيفة في هذا اظهر من قولهما لحاجة المنقول
الى الحفظ والحفظ في الترك في يده اتم لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه لانكاره لو هلك
يجب عليه الضمان ولو اخذ منه ووضع على يد امين لا يضمنه لو هلك لانه غير مضمون عليه وانما
لا يؤخذ الكفيل على قول ابي حنيفة من الذي هي في يده اذا بقيت في يده لانه انشاء خصومة والقاضي
انما نصب لقطعها وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا او لا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه
به فتثور الخصومة ثم اذا احضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك

القضا الكاين في غيبته لان احد الورثه ينتصب خصما من بقية الورثه فيما لهم وعليهم دينا كان او عينا فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة الى كل الورثه وهذا منهم وقوله لان المقضى له وعليه انما هو الميت في الحقيقة على ما ذكرنا من قريب وواحد من الورثه يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفا اي استيفاء نصيبه لانه عامل فيه لنفسه لا للميت فلا يصلح نائبا عن غيره فلذا لا يستوفي الا نصيبه لنفسه وصار كما اذا اقامت البينة بدين للميت فانه يقضى بالكل ولا ياخذ الا نصيبه لنفسه وقوله الا انه انما يثبت استحقاق الكل على احد الورثه لانه ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثه اذا كانت التركة كلها في يده اي في يد الحاضر حتى لو كان البعض في يده ينفذ بقدره لانه لا خصومة بدون اليد ذكره في الجامع الكبير قال في باب الشهادة في المواريث ولو مات وترك دارا وثلثه بنين واثنان غايبان والدار في يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا واخذ اخواي فلان وفلان نصيبهما واودعاني وغابا وقال المدعي كانت داري في يد ابيكم واعلم ان الغايبين قبضا ثلثيها شايعا واودعاك وانا اقيم البينة انها داري تقبل وقد والبد خصم لان احد الورثه ينتصب خصما عن الميت فيما يدعى عليه فان حضر الغايبان وصدقاه في الارث وجحدا حق المدعي فالقضا ماض وان كذباه وقالا لم نرثها من ابينا بل ثلثاها لنا بالارث من ابينا يقال للمدعي اعد بينتك عليهما في ثلثي الدار لان ذلك على غير خصم لان اقرار الحاضر يعمل في حقه لا في حق الغايبين قال العتابي قال مشايخنا هذا اذا لم تكن الدار مقسومة فاما اذا اقتسموها فاودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعي في نصيبهما على الحاضر والنحو هذا لبسا براموا لهما فلا يكون الحاضر خصما عنهما بخلاف ما قبل القسمة لانه مبني على حكم ملك الميت على ما عرف ولو كان ثلثا الدار في يد رجل اخر مقسوما او غير مقسوم اودعه عنده الغايبان وهو مقر بانها وديعة لهما ميراث من ابيهما لم يكن خصما للمدعي وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما في ذلك لان الوارث انما يكون خصما للمدعي على الميت فيما في يده لا فيما في يد غيره قال الاشتروشني فالحاصل ان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت في عين هو في يده لا في عين ليس في يده حتى ان من ادعى عينا من التركة واحضر وارثا ليس في يده ذلك العين لا يسمع دعواه وفي دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وان لم يكن في يده شي من التركة قوله ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة فيلزمه التصدق بجميع ما يملكه من النقدين والسوايم واموال التجارة ويمسك قوته فاذا اصاب شيا تصدق بقدر ما امسك واذا وجب التصدق بكله فلا فرق بين ان يبلغ ما عنده نصابا او لا لان المعتبر جنس ما فيه الزكوة دون قدره وكذا قالوا لو نذر ان يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه ان يتصدق به فان قضى به دينه لزمه ان يتصدق بقدره لكنه بعدما الى ان توفي ولو اوصى بثلث ماله فهو على كل مال والقياس ان يلزمه التصدق بكل مال في مسئلة الصدقة وبه قال زفر والبتي والنخعي والشافعي لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر ان يطيع الله فليطعه وقال مالك واحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابي لبابة يجزيك الثلث حين قال ان من توبتي ان انخلع من مالي يجزيك الثلث ووجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشرع فيه الصدقة وما اوجب فيه التصدق ذكره بلفظ العموم وعلق الايجاب ببعضه قال تعالى خذ من اموالهم صدقة ولم يعم كل مال وهذا بناء على ان

مقتضى

مقتضى اللفظ انما يصدق بالاخذ من كل مال وذكرنا في الاصول ان بالاخذ من جنس من الاموال يصدق انه اخذ من اموالهم حقيقة وانما ذلك قول الشافعي والاحسن ان حمله على العموم مخالفة للشرع اذ منع منه في قوله تعالى ولا تبسطها كل البسط فوجب تقييده ببعضها ثم عينا ذلك البعض بايجاب الصدقة منها واما قوله عليه السلام من نذر ان يطع الله فليطعه لا ينافيه لان اخراج ما ذكرنا من اجناس المال طاعة وانما يلزم لو تعبد ما تلفظ به وهو منتف بلزوم المعصية وحديث ابن ابي لبابة ليس فيه تصريح بانه نذر ذلك فهو على انه نوى ذلك وقصده واما الوصية فجرينا فيها على عمومها لان ذلك ايضا قلنا لو اوصى بجميع ماله وله ورثة لا ينفذ لان في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوح له فيه مع وجود الورثه واما نفاذه في الكل اذا لم يكن له ورثة فانها انما توجب ذلك في حال استغنايه بالموت فانتفى المانع الشرعي وهذا لان النهي ما كان في حالة الحيوة لقيام حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداية بنفسه المامور بها في قوله صلى الله عليه وسلم ابدا بنفسك ثم بمن تعول فيؤدي الى الضيق نفسه وحرجها وهو قد يكون سببا للمعصية وهذا المعنى منتف بعد الموت وقول المصنف ولان الظاهر انه يلتزم الصدقة الى اخره يصلح تقريرا لابداء المخصوص يعني ان العموم وان كان ثابتا لكن هنا معنى خصصه وهو ان الظاهر من ارسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعيا له عدم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم فكان ظاهرا في ارادة الخصوص فما ذكرنا من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومه هو ايضا من ابداء المخصص وهذا من افراد ترك الحقيقة بدلالة وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند ابي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروى ذلك عن ابي حنيفة وعند محمد لا لان جهة المونة غالبة عنده ولا تدخل الخراجية اتفاقا لتمحض الخراج مونة ولذا وجب في ارض الصبي والوقف ولو كان قال ما املك صدقة قيل يجب الكل حكاه ابو يوسف في الامالي عن ابي حنيفة وعن نفسه واليه ذهب محمد بن ابراهيم الميداني لان في الفرع المذكور لفظ الملك اعم من لفظ المال لان الملك يثبت ولغير المال ايضا فيقال ملك النكاح والقصاص كما يقال ملك المال ثم وجد المقيد لاطلاق المال بمال الزكاة في الفرع المذكور بلفظ المال قال المصنف والصحيح انهما سوا لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة وهذا ابو ذاك بقصدهم الى التخصيص بذلك المعنى بقليل تامل وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين ان يثبت مثله في قوله لله علي ان اهدي جميع ما لي او جميع ملكي الا ان في شرح الطحاوي ذكر انه لو قال هذا او حلف به فقال ان فعلت كذا فلله علي ان اهدي جميع ما لي يدخل فيه جميع ما يملك وقت اليمين ووقت النذر فيجب ان يهدي ذلك كله الا قدر قوته فان استفاد اخر اهدى مثله انتهى نعم لا اشكال في فصل اليمين لان عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالتزام ما يكرهه على تقديره فانفتح باب ارادة العموم الا ان هذا على جعل المخصص المعنى الذي عينه المصنف واما على جعله لزوم المعصية فيجب ان يخص ايضا فكان تعويلهم ليس عليه وقوله على ما مر يريد وجه الاستحسان هذا ثم اذا لم يكن له مال الا ما دخل تحت الايجاب يعني مال الزكاة على بعد ذلك يمسك منه قوته ويتصدق بما سواه واذا استفاد شيا تصدق بقدر ما امسك ولم يقدر محمد مقدارا في اصل المبسوط لاختلاف احوال الناس من قلة العيال وكثرتهم والرخا والغلا فيختلف الاعتبار وقيل المحترف يمسك ليوم لانه يكتسب يوما فيوما

وصاحب الغلة ويومر لصاحب الحوانيت او الدور بجعلها يمسك شهر الان يده تصل الى نفقته بعد شهر وصاحب الضياع لسنة لان غلتها كذلك واما في عرف ديارنا فبعضهم كذلك وبعضهم يوجرها بدراهم على ثلاثة اقساط كل اربعة اشهر قسط فينبغي ان يمسك الى تمام اربعة اشهر وعلى هذا فصاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله **قوله** ومن اوصي اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيا من التركة فالبيع جايز وهو وصي بخلاف الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لانه لا يصير وكيلا حتى يعلم وعن ابي يوسف لا يجوز في الوصية ايضا لان الوصية انابة اي استنابة بعد الموت فيعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة والمعروف من اللغة في الانابة انما هو معنى الرجوع والاقلاع منه اناب الى الله واستدل في النهاية انها بمعنى الاستنابة باستعمال الزمخشري لها كذلك في تفسير سورة الروم والزمخشري نفسه فيفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته وربما يستشهد لابي تمام وابي الطيب ووجه الفرق على ظاهر الرواية بين الوصية والتوكيل ان الوصية خلافة في التصرف عن الميت كالوراثة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لاضافتها الى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ولذا لو باع شيا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر والوصاية استخلاف مضافة الى ما بعد الموت ايضا وهو زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم كالوراثة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت بخلاف الميت فيتوقف على العلم وهذا لانه اذا وقفناه على العلم لا يفوت النظر لقيام ولاية الموكل وقدرته وفي الاول وعما يفوت لعجز الموصي المتوفى وهذا اذا ثبت الوكالة قصدا اما اذا ثبت ضمن الامر بالفعل ففيه روايتان وذلك مثل ان يقول العبد اذهب الى فلان يبيعك او لامراته اذهبي الى فلان يطلقك او اذهب بعبدي الى فلان فيبيعه منك فذهب واخبره ففعل ذكر محمد في كتاب الوكالة انه جايز وذكر في الزيادات انه لا يجوز فكان فيه روايتان في احديهما لا يتوقف على العلم وفي الاخرى لا بد من العلم وذكر في الماذون ما يوافق الاول وهو انه اذا قال للناس بايعوا عبدي فاني اذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع انه لا علم للعبد بالاذن واذا توقفت الوكالة على العلم فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة فنقال كل من اعلمه بالوكالة تجاز به تصرفه بشرط كونه مميزا رجلا كان او امراة فاسقا كان او عدلا مسلما كان او ذميا وقال الشافعي واحمد لا يثبت الوكالة بخبر واحد اصلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير قلنا انه اثبات حق وهو حق ان يتصرف لا الزام امر فانه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية ممن ذكرنا على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي والشقي من الكافر واما العزل عن الوكالة فعندهما هو والاخبار بها سوا وعند ابي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل او شاهدان اي مخبران لان لفظ الشهادة ليست بشرط عدلا او لم يعدلا وجه قولهما انه من المعاملات وبالواحد فيها كفاية **وروي** الحسن عنه انه لا بد من عدالة المخبر واحدا كان او اكثر وبه اخذ الفقيه ابو جعفر الهندواني وزعم انه مذهب ابي حنيفة وقال معنى اطلاق الكتاب ان لا يعلم حالهما لا ان يعلمهما بالفسق فقيل بل هو على اطلاقه لان تاثير العدد فوق تاثير العدالة الا ترى ان القضا بواحد عدل لا ينفذ وينفذ بفاسقين لو قضى به وهو الصحيح وجه قولهما ان النهي عن الوكالة من المعاملات وبالواحد فيها كفاية ولابي حنيفة رحمه الله انه خبر ملزم اي من كل وجه فانه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه

وما قيل

وما قيل ملزم من وجه دون وجه بنا على مجرد اصطلاح ان يراد بالملزم من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم ولما لم يكن هنا الالزام كذلك كان الزاما فيه قصور وجوب الضمان لو تصرف بنا على الالزام من وجه ثم يكفي لاشتراط العدد او العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذي ذكرنا بخلاف الاعلام بالوكالة فانه لما لم يكن فيه الزام احد شطري الشهادة وبخلاف رسول الموكل لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال فلم يلزم فيه احد شطري الشهادة ايضا لانه صار كانه حضره وشافهه بذلك واجمعوا على ان المخبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل **قوله** وعلى هذا اذا اخبر المولى بجناية عبده الى اخره هذه ست مسايل ذكر محمد منها ثلاثة في الاصل واثنين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه اما الثلاث فاحدها عزل الوكيل والثانية العبد الماذون اذا اخبره واحد بالحجر ان كان رسولا يحجر فاسقا كان او عدلا وان كان فضوليا يشترط احد شطري الشهادة فيحجر ان صدقه العبد او كذبه وان كان فاسقا ان صدقه انحجر والا فالمسئلة على الخلاف والثالثة العبد اذا جنى جناية ولم يعلم به المولى حتى اعتقه او باعه يلزم الاقل من قيمته ومن الدية فان اخبره واحد بالجناية فكذلك ان كان فاسقا ان صدقه ثم باع او اعتق يصير مختارا للدية وان كذبه فهي على الخلاف عند ابي حنيفة لا يكون مختار الدية وعندهما يصير مختارا لها واما اللتان في النوادر فاحدهما الحربي اذا اسلم في دار الحرب فاخبره انسان بما عليه من الفرايض ان كان المخبر عدلا او اخبره اثنان لزمه حتى لو ترك شيا منها يلزمه قضاوه اجماعا وان كان فاسقا فان صدقه فكذلك او كذبه فعلى الخلاف قال شمس الايمة السرخسي الاصح عندي انه يلزمه القضا ههنا اتفاقا لان المخبر له رسول رسول الله وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى تحرير الاصول والثانية الشفيع اذا اخبر بالشرا فسكت يعني على ما قلنا ان اخبره فاسق فصدقه ثبت الشرا في حقه وان كذبه فهي على الخلاف فاذا سكت لا تبطل شفعته عند ابي حنيفة وعندهما تبطل والسادسة البكر اذا زوجت بلا استيذان فاخبرت فسكتت فهو على ما ذكرنا من الوجوه **قوله** واذا باع القاضي او امينه عبدا للغرما اي لاجلهم ليوفي ديونهم التي على الميت واخذ المال اي الثمن فضاع عنده ثم استحق العبد او مات قبل قبض المشتري لم يضمن القاضي ولا امينه للمشتري شيا لان امين القاضي بمنزلة القاضي والقاضي كالامام وكل من هولاء لا يلحقه ضمان كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الامانة واذا لم يرجع المشتري على البايع من هولاء يرجع بالثمن على الغرما لان البيع واقع لهم والتصرف لاجلهم فيرجع العهدة عليهم وصار كما اذا كان العاقد محجورا عليه عبدا او صبيا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بمباشرتهما ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما لقصور الاهلية في الصبي وحق السيد في العبد والاصل انه اذا تعذر تعلق الحقوق بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد واقرب الناس في مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغرم الا ترى ان القاضي لا يامر الوصي او امينه بالبيع حتى يطلب الغريم فكذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق ولو كان البايع الوصي رجع المشتري عليه بالثمن ثم الوصي يرجع به على الغريم لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي اياه عنه وكذا لو باع الوصي العبد لنفقة الوارث فان المشتري يرجع على الوصي والوصي يرجع على الوارث لما قلنا ان البيع لاجله وهو الذي ينتفع به ولو باعه امين القاضي رجع المشتري على الوارث فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضي عنه من يقضي دينه فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه

بدينه بلا اثبات وهل يرجع بما ضمن للمشتري قال المصنف قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها
ايضا يريد بالمائة ما ضمن للمشتري وقوله مائة لانه لحقه ذلك في امر الميت وينبغي ان يكون هذا
بالاتفاق اعني جواز ان يقال واما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال شمس الائمة
السرخسي لا يأخذ في الصحيح من الجواب لان الغرر انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على
غيره وفي الكافي الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف في التصحيح كما سمعت

فصل آخر لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع الى اصل واحد وهو ان قول القاضي بانفراده
هل يقبل مولى او معزولا **قوله** واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه
او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل بمجرد اخباره هذا وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا يأخذ بقوله
حتى يعاين الحجة التي عنها حكم فيه بذلك قال الفقيه ابو الليث روى محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن انه
قال لا يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته وزاد جماعة على هذا فقالوا او يشهد مع القاضي
شاهد عدل على ذلك وهذا يفيد ان القاضي يشهد وليس معناه الا ان يشهد القاضي والعدل
على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد على حكم القاضي والا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه وليس
هناك من يشهدان عنده الا المامور باقامة الحد وهذا بعيد في العادة اعني بان يشهد القاضي
عند الجلاد بانه شهد على فلان فلان ويؤدي الآخر عنده ولذا اقتصر محمد على معاينة حضور الشهادة
من المامور وهذا لان الغلط والخطا في الحكم محتمل لان القطع بنفيهما ليس الا للانبياء عليهم السلام
وعلى هذا لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي لاعتماده على خبر القاضي الكاتب بمفرده واستحسن المشايخ
هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي الى القاضي لان به ضرورة
احياء الحقوق ولما كان عدم الاعتماد معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف
لا اطلاقه فقال الامام ابو منصور رحمه الله ان كان القاضي عادلا عالما يقبل قوله لانتفاء التهمة
في الدين بالعدالة والخطا في الحكم بالعلم وان كان عدلا جاهلا استفسر فان احسن في بيان سبب حكمه
وشروطه وجب تصديقه للعدالة وترك المصنف قسمين آخرين وهو ما اذا كان فاسقا عالما او جاهلا
فان الفسق مانع من الركون لاخباره بالاستفسار وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره
وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه في الحال فيقبل لخلوه عن التهمة لان التهمة انما تتحقق
في اخباره بامر لا يمكن انشاؤه في الحال فيحتمل عدم المطابقة اما اذا كان ذلك مما يقدر على انشائه في
الحال فيجعل كانه انشاه في الحال بمعاينة الحاضرين ولا يخفى ان الذي يملك انشاءه ليس الا الحكم وهو
لا يفيد فان الاحتمال المانع قائم اذا عاين الحكم ان لم يعاين الشهادة والشروط ولذا لما قال محمد لا
يسعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا نعيد هذا الوجه شيئا ولما زاد من زاد على ما
ذكر محمد قولهم او يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا ان يزيدوا وجها آخر وهو ان العادة
ان ينصب في كل بلدة قاض واحد ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الالزام لتقلد في كل بلدة قاضيان
وانت سمعت ما قدمناه في تلك الزيادة وعلمت ان الاحتمال المذكور لا يزول الا بالعلم بسبب القضا
وهذا لا يتحقق عند المامور الا ان يحضر وقوع السبب ويشهد عنده عدلان انه شهد عند القاضي
الامر فلان وفلان على الوجه الذي يشهدوا وتوفر الشروط وهذا لا يتوقف على تكثر القضاة بل على وجود

الشهود قضاة كانوا او لا فلا يلزم لذلك تكثيرهم فالملازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير
القضاة ممنوعة **قوله** واذا عزل القاضي فقال لرجل الى آخره صورتها عزل القاضي فادعى
عليه رجل انه اخذ منه الفا بغير حق او قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعتها
اليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ولم يحك في هذا خلافا ان تلك الرواية عن محمد
لان هذا في امر فات فلا بد ان يكون القول للقاضي والا امتنع الناس من قبول القضاء اذا كان يتوجه
عليه بعد العزل خصومات في النفس والاموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا بخلاف
ما قبله لان القتل والقطع بعد لم يقع فكان اعمال ذلك الاحتمال مفيدا نعم كون القول له على الاطلاق
مقيد بما اذا كان المدعي مقرا بانه فعل ذلك وهو قاض لانهما لما توافقا على ذلك صار كانه ثبت ذلك
حرث وهو قاض والقول قوله في ذلك لما قلنا ولان الظاهر انه لا يقضي بالجور ثم لا يمين على المعزول
لانه ثبت فعله في حال قضائه بالتصادق ولو ادعى عليه في حال قضائه بذلك لا يمين عليه فكذا بعده
ولو اقر القاطع المامور والآخذ للمال بامر القاضي بما اقر به وهو ان القطع منه والاخذ كان بقضا
القاضي والقطع وامره بالدفع نحوه لا يضمن ايضا كالقاضي لانه اقر انه فعله في حال قضائه وهو كالوكيل
دفع القاضي المال الى الآخذ معاينا للماخوذ منه في حال قضائه ويصير القطع باقرار المقطوع انه قطعه
في حال قضائه كالمعاين للحاكم الذي رفع اليه المقطوع واقعته فاما لو زعم المقطوع والماخوذ ماله
انه فعله قبل التقليد او بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه خلاف والصحيح ان
القول ايضا للقاضي لانه اي القاضي اضافه الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا اتفقا
على الطلاق والعتاق وقالت المراة والعبد كان ذلك في حال صحة عقلك وقال بل وانا مجنون وكان
جنونه معهودا فان القول له وكما لو قال اقررت لك وانا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم انه
كان ذا حرز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الائمة في شرح الجامع الصغير ان القول للمدعي لان هذا
الفعل حادث فيضاف الى اقرب الاوقات وهذا يخص ما اذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا
وضعه شمس الائمة فانه قال فاما اذا زعم اي المدعي انه فعل ذلك بعد العزل فان القول قوله لان
الفعل حادث الى آخره قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا ببينة فالتصحيح يخص ما اذا
كانت دعواه انه فعله بعد العزل لكنه ذكر في تعليله ما يعم كون القول للقاضي فانه قال
لان الاصل ان المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله
موجب للضمان عليه ولهذا الاسناد يدعي سقوطه بخلاف ما لو اوجبت تصادقا انه فعله وهو
قاض الى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع ان القول للقاضي وهو اختيار
فخر الاسلام والصدر الشهيد لانه بالاسناد الى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان
فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعده فالقول
للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما بعينه لم يصدق لانه اخبر عن امر لا يملك انشاءه فيصير
مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطا وانا عبد وقال المقر له وانت حر
فالقول للعبد ولا ضمان وكذا اذا قال اخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق وقال السيد
قبله فالقول للسيد ان كانت الغلة هالكة وان كانت قائمة فالقول للعبد وياخذه من المولى لانه

اقر بالاخذ ثم بالاضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم انه انفق
عليه كذا او هو في يده وادعى اليتيم انه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره
في باب جناية المملوك فيمن اعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي فقالت بل وانا حرة فالقول
لها وكذا كل ما اخذ منها عند ابي حنيفة وابي يوسف مع انه منكر باسناده الى الحالة المعهودة المنافية
ولو قلت اقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرؤه فلا يسمع فههنا ايضا اقر بسبب الضمان
وهو اقراره للمقر له بشي ثم ادعى ما يبرؤه بذهاب العقل وكذا القاضي اقر بعد العزل بالاخذ ثم
ادعى ما يبرؤه بالاسناد وكذا الوصي اجيب بالفرق بان المولى اقر باخذ مال الغير وادعى جهة التملك
لنفسه فيصدق في الاقرار لا من جهة التملك كما لو قال اخذت منك الفا هي دين لي عليك او الفا
وهبتنيها وانكر الاخر كان القول للاخر ولذا لو قال اكلت طعامك باذنك وقال الغير لا فالقول
لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لانهم ما ادعوا جهة التملك لانفسهم وكذا في دعوى
الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لانفسهم لما هو ملك الغير فكان القول قولهم في اضافتهم
الى الحالة المعهودة المنافية **قوله** ولو اقر القاطع والاخذ في هذا الفصل وهو فصل عم الماخوذ
منه والمقطوع ان القاضي فعل ذلك قبل التقليد او بعد العزل ثم اقر القاضي فاقر القاطع والاخذ
اني فعلت ذلك بامر القاضي وهو على قضايه والماخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله او بعده
يضمنان ولا يضمن القاضي لانهما اقرا بسبب الضمان وهو مباشرتهما الاخذ والقطع وقبول قول
القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب نحصه وهو كيلا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق
وهي مفسدة عظيمة فلا توجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان
المال في يد الاخذ قايما وهذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر
فان لازمه كان القول للقاضي وللقاطع والاخذ في صورة التصادق على ان الفعل كان في حالة القضا
انه لا رجوع بالمال الماخوذ منه مطلقا لانه قد تحكم بنفاذ قوله فافاد ان ذلك اعني عدم الرجوع
فيما اذا كان الماخوذ هالكا اما اذا كان قايما فيؤخذ من القابض سواء صدق القاضي في انه اخذه
في حال قضايه او كذبه وقال بل قبل التقليد او بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لان الشي
قايم بعينه فلا يصدق في انه اخذه على وجه الحكم فالو امعناه ان القاضي لما اقر بالاخذ يصير
شاهدا لغيره بالكلام الثاني واقراره بالاخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطله ولان القابض اقر
بسبب الضمان حيث اقر ان اليد كانت للماخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك الا ببينة وقول المعزول
ليس بحجة عليه لانه ليس شاهدا باليمين بل يجعل نفسه المنافي للضمان والله سبحانه وتعالى اعلم

كتاب الشهادات

يعني ادراك تقديمها على القضاء اولى لان القضاء موقوف عليها اذ كان ثبوت الحق بها الا انه لما كان
القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقديما للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة اخبار قاطع
وفي عرف اهل الشرع اخبار صدق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فخرج شهادة الزور
فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي اشهد برؤيته كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب
ذي الحق او خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه

ان يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر
للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الذمي اهل الشهادة في الجملة
وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يابى
جوازها لكنه ترك بقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظيره من الكتاب والسنة
كثيرة وسببية الطلب تثبت بقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت
بالمعنى وهو ان سببية الطلب انما تثبت كيلا يفوت الحق **قوله** الشهادة فرض يعني اداؤها
بعد التحمل فانها تقال للتحمل كما تقال للاداء في العرف من غير ملاحظة المتكلم مسوغا للاطلاق في
قصد التحمل فيكون معنى امشتركا لفظيا عند اهل عرف المتكلم وافتراض الاداء الا في الحدود
مجمع عليه وقوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا يحتمل ان يراد النهي عن الاباء عن التحمل اذا
دعي اليه ويكون اسم الشهداء مجازا فيمن سيتصف بالشهادة فيكون النهي لكراهة الاباء عن التحمل كراهة
تنزيه ومن جعلها خلاف الاولى لان التحمل لما فيه من اعانة المسلم على حفظ حقه اولى ويحتمل ان يراد
نهي مسمى الشهداء عن الاباء وحقيقة الشهداء من اتصف بالشهادة فيكون نهي من اتصف بالشهادة حقيقة
عن الاباء اذا دعي ولا اتصاف قبل الدعاء الا بالتحمل فلزم كون النهي عن اباء الاداء وهو الراجح لما فيه من المحافظة
على حقيقة اللفظ والاداء المفروض لا يكون الا عند الحاكم فقد فرض الله سبحانه على المتحمل ان يذهب
اذا دعي الى الحاكم للاداء وقال الله تعالى ولا تكتموا الشهادة وهو تحريم للكتمان عن القاضي فيكون اظهارها
للقاضي وهو الاداء فرضا عليهم لانه الضد الذي لا يتحقق الانتهاء عن المحرم الذي هو الكتمان الا به ثم
اكد سبحانه التحريم المفاد بالنهي بقوله تعالى ومن يكتمها فانه اثم قلبه وهو تاكيد في تاكيد لان قوله تعالى فانه
اثم قلبه تاكيد واضافة الاثم الى القلب الذي هو اشرف اعضاء البدن ورئيسها تاكيد في تاكيد
ولانه هو محل الكتمان فهو محل المعصية بتمامها هنا بخلاف ساير المعاصي التي تتعلق بالاعضاء الظاهرة
فانها وان كانت مسبوقة بمعصية القلب وهو الهم المتصل بالفعل فليس هو محلا لتمامها قالوا يلزم اذا
كان مجلس القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصير ان كان بحال يمكنه الرجوع الى اهله في يومه يجب لانه لا
ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فاركبه الطالب لا باس به وعن ابي سليمان فيمن اخرج الشهود
الى الضيعة فاستاجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لان العادة وهي اكرام الشهود وهو
مامور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستاجر به دابة
فيقبل وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود طعاما فاكلوا ان كان مهيا من قبل ذلك تقبل وان
صنعه لاجلهم لا تقبل وعن محمد لا تقبل فيهما وعن ابي يوسف تقبل فيهما للعادة الجارية باطعام من
حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا او لا ويونسه ما تقدم من ان الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته
عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير وعن الفقيه ابي بكر
فيمن لا يعرفه القاضي ان علم ان القاضي لا يقبله يرجو ان يسعه ان لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك
جماعة تقبل شهادتهم دونه وسعه ان يمتنع وان لم يكن او كان لكن قبولها مع شهادته اسرع وجب وعن
شيخ الاسلام اذا ادعي فاخر بلا عذر ظاهر ثم ادى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن ان تاخيره لعذر وعن
انه استجلابا للاجرة انتهى والوجه ان تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر او غيره **قوله** والشهادة

في الحدود اي الاداء في الحدود وتخيير فيها بين الاداء والترك لان النهي القراني وان كان عاما لكن ثبت تخصيصه
بالشهادة على الحدود لما فيه من الستر فمن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم للذي شهد عنده لو سترته بثوبك
لكان خيرا لك كذا ذكره المصنف والمعروف في الحديث ان هذا قاله صلى الله عليه وسلم لهزال ذكره مالك
في الموطا عن يحيى بن سعيد بلغه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من اسلم يقال له هزال
لو سترته بردائك لكان خيرا لك والمراد بمرجع الضمير في قوله سترته ماعز رضي الله عنه روى
ابو داود عن يزيد بن نعيم عن ابيه ان ماعز بن مالك اتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر عنده اربع مرات
فامر برجمه وقال لهزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك وان هزالا كان هو الذي اشار على ماعز
ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا الا ان ماعزا رضي الله عنه اخذ بالاقرار
اخرج ابو داود عن ابن المنكدر ان هزالا امر ماعزا ان ياتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره ورواه
الحاكم وزاد قال شعبة قال يحيى فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هزال فقال
يزيد هذا هو الحق هذا حديث جدي وقال صحيح الاسناد ورواه ابن سعد في الطبقات وفيه قال
في هزال بئس ما صنعت لو سترته بطرف ردائك لكان خيرا لك قال يا رسول الله لم ادر ان في الامر سعة
ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من رواية ابي هريرة رضي الله عنه من ستر على مسلم ستره الله في
الدنيا والاخرة رواه البخاري ومسلم وتلقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم اي تلقين ما
يحصل به الدرء دلالة ظاهرة على قصده الى الستر والستر يحصل بالكتمان فكان كتمان الشهادة بالحدود
مخصوصا من عموم تحريمه فمن ذلك ما اسند الطحاوي الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله
عليه وسلم فقال يا رسول الله ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق وروى ابو داود انه صلى الله عليه وسلم
اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت قال فاعاد
مرتين او ثلاثا فامر به فقطع الحديث وروى عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز لعلك
قبلت او غمزت او نظرت الحديث قدمناه في الحدود فان قلت كيف صح لك القول بتخصيص عام الكتاب
بهذه وهي اخبار احاد وايضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن اين ثبت لك ذلك قلت هذه الاخبار
الواردة في طلب الستر بلغت مبلغا لا ينحط بها عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الامة لها
فصح التخصيص بها وهي مستند الاجماع على تخيير الشاهد في الحدود فثبوت الاجماع دليل ثبوت المخصص
واما المقارنة فانما هي شرط التخصيص في نفس الامر وهذا التخصيص الذي ادعيناه هنا ليس بذلك بل
جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض في كتاب تحرير الاصول من ان الجمع بين العام والخاص اذا تعارضا
بان يحمل على تخصيصه به فاذا وجب حمله على ذلك تضمن الحكم منا بانه كان مقارنا اوانها ليس مخصصات
اول كما انا اذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيح وثبت صحتها تضمن حكمنا بان المبيح كان مقدما على التحريم فنسخ
حكم الوجوب ثم نسخ المحرم وان لم يعلم تقدمه بعلم تاريخه وكثيرا ما يعترض بعض متاخري الشارحين
على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من اصحابنا بان المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ومرادهم
في تلك الاماكن ما ذكرنا هذا كله اذا نظرنا الى مجرد اطلاق قوله تعالى ولا ياب الشهداء اذا ما دعوا
فاما ان قيدناه بما اذا دعوا للشهادة في الدين المذكور اول الاية اي قوله تعالى اذا تداينتم بدين الى
اجل مسمى فاكتبوه ثم قال ولا ياب الشهداء يعني بذلك الدين فظاهر قوله الا انه يجب ان يشهد بالمال

استدراك من قوله مخير في الحدود فانه يقتضي ان لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر انه لا يشهد فيها مطلقا
لاستلزامه الحد فقال يجب ان يشهد بالمال احياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول اخذ المال
ولا يقول سرق فان الاخذ اعم من كونه غصبا او على ادعاء انه ملكه مودعا عند الماخوذ منه ونحو ذلك فلا
يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع ان فيه مصلحة للمسروق منه لانه اذا قال سرق فثبتت
السرقة وجب القطع وبه ينتفي ضمان المال ان كان اتلفه قوله والشهادة على مراتب اربعة منها الشهادة
في الزنا والشهادة في بقية الحدود والقصاص والشهادة فيما سواها من المعاملات والشهادة فيما
لا يطلع عليه الرجال من النسا اما على الزنا فيعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم وروى ابن ابي شيبة ثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال مضت السنة من رسول الله
صلى الله عليه وسلم والخليفتين بعده ان لا تجوز شهادة النسا في الحدود والدما انتهى وتخصيص
الخليفتين يعني ابا بكر وعمر رضي الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام في
زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع ولان النص اوجب اربعة رجال بقوله تعالى اربعة
منكم فقبول امراتين مع ثلاثة مخالف لما نص عليه من العدد والمعدود وغاية الامر المعارضين
عموم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وبين هذه فتقدم هذه لانها مانعة وتلك مبيحة وايضا هذه
تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرء فانها كلما كثرت قيود الشي قل وجوده بالنسبة الى ما ليس
فيه زيادة تقييد ولان فيها شبهة البدلية ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة وذلك لان قوله
فان لم يكونا رجلين الاية ظاهرة ان لا تقبل شهادتين الا عند عدم رجال يشهدون وقد روي عن
بعض العلما ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معمولا به عند اهل الاجماع نزلت الى شبهة
البدلية والشبهة كالحقيقة فيما يندرى بالشبهات وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها
شهادة رجلين ولا تقبل النسا لما ذكرنا وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات وكل ما سوى
ذلك يقبل فيه رجلان او رجل وامراتان سوى كان الحق مالا او لا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية
ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النسا مع الرجال الا
في الاموال وتوابعها كالاذن وشرط الخيار والشفعة والاجارة وقتل الخطا وكل جرح لا يوجب الا المال
وكذا فسخ وقبض نجوم الكتابة الا النجم الاخير ففيه وجهان لترتب العتق عليه لان الاصل فيها عدم
القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية حتى انها لا تصلح للامارة ولا تقبل شهادة
الاربع منهن لكن خرج عن الاصل شرعا في الاموال ضرورة لكثرة وقوع اسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين
في كل حادثة وكذا العادة ان نتوسع فيما يكثر وجوده بخلاف النكاح فانه مع كونه اعظم خطرا اقل وقوعا
فلا يلحق الحرج بالاشتراط وكذا قال تعالى في الرجعة واشهدوا ذوي عدل منكم والرجعة من توابع
النكاح فالحقت بقية التوابع به كالخلع والطلاق وهو قول مالك والشافعي وعن احمد روايتان
رواية كقولنا ورواية كقولهما قال المصنف ولنا ان الاصل فيها القبول فابتدأ بتضمين منع مقدمة
القايلة الاصل عدم القبول ثم اثبت هذه بوجود ما ينبني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة الى
اخره واعترض بان بالمشاهدة والضبط اهلية الادا لا اهلية الشهادة بل هي كما قال في الاسرار
ان اهليتهما بالولاية والولاية مبنية على الحرية والارث والنسا في هذا كالرجال في اهلية التحمل و

بالمشاهدة والضبط والنسا في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتهن لاحاديثنا لاحكام الملزمة
للامة فمن هذا قد يقال والله اعلم ان جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك
بل لاظهار حطة درجتهن عن الرجال ليس غير ولقد نرى كثيرا من النسا يضبطن اكثر من ضبط الرجال لاجتماع
خاطرهن اكثر من الرجال لكثرة الواردات على خطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الامرين
في جنس النسا سلمنا انه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وان كان بعض افرادهن اضبط
من بعض افراد الرجال لقوله تعالى ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى لكن ذلك انجبر بضم
الاخرى اليها فلم يبق حينئذ الا الشبهة فلم تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت
مع الشبهات واما عدم قبول الاربع فعلى خلاف القياس وكانه كيلا يكثر خروجهن **قوله** وتقبل
في الولادة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة واحدة مسلمة حرة والثنتان
احوط وبه قال احمد وشرط الشافعي اربعا ومالك ثنتين له ان كل ثنتين تقوم مقام رجل ولمالك
ان المعتبر في الشهادة امران العدد والذكورة وقد سقط اعتبار الذكورة فبقي العدد ولنا
ما روى محمد بن الحسن في اول باب شهادات النسا من الاصل عن ابي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد
وعن سعيد بن المسيب وعطا بن ابي رباح وطاوس قالوا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة
النسا جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه وهذا مرسل يجب العمل به ووجه الاستدلال لهذا
الحديث قد اتفقنا على ان اللام لما لم يمكن اعتبارها في العهد اذ لا عهد في مرتبة مخصوصة من مراتب
الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والاكثر احسن فقلنا كذلك وروى
عبد الرزاق انا ابن جريج عن ابن شهاب الزهري قال مضت السنة ان تجوز شهادة النسا فيما لا يطلع
عليه غيرهن من ولادات النسا وعيوبهن وهذا مرسل حجة عندنا وهو مثل ما ذكره المصنف
ورواه ابن ابي شيبة وروى عبد الرزاق ايضا انا ابو بكر بن ابي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع
بن حكيم عن ابن عمر قال لا تجوز شهادة النسا وحدهن الا على ما لا يطلع عليه الا هن من عورات النسا
وله مخارج اخرى قال المصنف ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق اي في باب ثبوت النسب منه
وفي المبسوط لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري عليها يقبل اذا كان عدلا ولو قال
تعمدت النظر لا يقبل وبه قال بعض اصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر
يقبل ايضا وبه قال بعض اصحاب الشافعي واما حكم البكارة فان شهدن انها بكر يؤجل العنين سنة
فاذا مضت فقال وصلت اليها وانكرت تري النسا فان قلن هي بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق الحال
وانما فرق بقولهن تايدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة اصل ولو لم تتايد بشهادتهن بمؤيد
اعتبرت في توجه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال
المشتري هي ثيب يريها النسا فان قلن بكر لزمت المشتري لتايد شهادتهن بمؤيد هو الاصل
وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتايد بمؤيد لكن تثبت
حق الخصومة فيتوجه اليمين على البايع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد
بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزم المشتري واما شهادتهن على استهلال الصبي
فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق واما في حق الارث فعندهما كذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله

لا تقبل الا شهادة رجلين او رجل وامراتين لان الاستهلال صوت مسموع والرجال والنسا
فيه سوا فكان مما يطلع عليه الرجال بخلاف الولادة فانها انفصال الولد من الام فلا يطلعون عليه
ومما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة
ونقول بما قال الشافعي واحمد وهو ارجح **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظ الشهادة
حتى لو قال الشاهد اعلم او اتيقن لا تقبل وثالث وهو التفسير حتى لو قال اشهد بمثل شهادته
او بمثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتمال اما اشتراط العدالة
فلقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء ولان العدالة
هي المعينة لجهة الصدق فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السوا بالنظر الى نفس
المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به فان قيل المنكر ايضا قد يكون عدلا فالجواب انه يعارضه
اختلاف المدعي فيتساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض او يترجح اخبار المدعي بالشهادة وعن ابي
يوسف ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس كمباشري السلطان والمكسة وغيرهم تقبل شهادته لانه
لا يستاجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح لان هذا تعليل في مقابلة
النص فلا يقبل الا ان القاضي ان قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضي عاصيا واما
اشتراط لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر بها اي في النصوص بهذه اللفظة
قال تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين فاستشهدوا
عليهن اربعة منكم واقيموا الشهادة لله وقال عليه السلام اذا رايت مثل الشمس فاشهد وحاصل
هذا ان النصوص وردت بلفظ الشهادة فان قيل غاية انها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب
تعين الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى وربك فكبر ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح الا بلفظ
التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم تحريمها التكبير ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند ابي حنيفة
فمن اين لزم في الشهادة قلنا الفرق معنوي وهذا لان لفظ الشهادة اقوى في افادة تاكيد متعلقها
من غيرها من الالفاظ كاعلم واتيقن لما فيها من اقتضا معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس
ولانها من الفاظ الحلف فالامتناع مع ذكرها عن الكذب اظهر وقد وقع الامر بلفظ الشهادة في
قوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله عليه الصلاة والسلام اذا رايت مثل الشمس فاشهد
فلزم ذلك لفظ الشهادة بخلاف التكبير فانه التعظيم وليس لفظ اكبر ابلغ من اجل واعظم فكانت
الالفاظ سوا فلم يثبت خصوصية توجب تعيين لفظ اكبر وقوله في ذلك كله اي في المراتب
الاربعة كلها تشترط العدالة ولفظة الشهادة في شهادة النسا وغيرها وقوله هو الصحيح احتراز
عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظة الشهادة لانها خبر كالشهادة على هلال رمضان ووجه
الظاهر وهو قول ساير الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبلخيين وغيرهم ما ذكرنا
من النص مع افادة اشتراطها بخلاف رمضان فان اللازم فيه ليس الشهادة بل الاخبار ذكر في
الخلاصة في كتاب الشهادات لو اخبر عدل للقاضي بمجيء رمضان يقبل ويامر الناس بالصوم يعني
في يوم الغيم ولا يشترط لفظة الشهادة واشتراط القضا اما في العيد فيشترط لانه يدخل تحت
الحكم لانه من حقوق العباد انتهى ولذا احتاجوا الى الحيلة في اثبات الرمضانية قالوا ان يدعي عند

القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان بقبض دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد
الشهود بذلك فيقضي بالمال فيثبت مجيء رمضان لان اثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم ذكره ايضا
في شهادات الخلاصة واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والاسلام يعني في الشهادة
على المسلم والا فالذمي يجوز ان يشهد على مثله عندنا **قوله** قال ابو حنيفة يعني لما اتفق الائمة
الاربعة على وجوب العدالة قال ابو حنيفة يقتصر الحاكم على الظاهر عدالة المسلم لان كل مسلم ظاهر
حاله من التزام الاسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على انه عدل وقال صلى الله
عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف ورواه ابن ابي شيبة في مصنفه
من حديث عمرو بن شعيب عن ابيه بلفظ في فرية ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه قال في كتابه الذي كتبه
لابي موسى الاشعري وقد منا بعضه المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف او مجربا
في شهادة زور او ظنينا في ولاء او قرابة رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن ابي حميد وهو
ضعيف ومن طريق اخر حسنه واخرجه البيهقي من طريق غير الطريقين جيدة واذا كان الثابت ظاهرا
هي العدالة اكتفى بها اذ القطع لا يحصل ولو مع الاستقصاء نعم يزداد قوة الظن ولا موجب لطلب
الزيادة الا بدليل ولم يوجد ولهذا لم يكن السلف يسالون قيل واول من سال ابن شبرمة بخلاف
الحدود والقصاص لانه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسال على ما عرف احتيالا للدرء اذ ربما
يعجز عن التزكية فيندرء الحد وهو مطلوب واورد ان الظاهر انما يكفي للدفع والشهادة توجب
الاستحقاق واجيب بان الظاهر في الشهادة كالقطع لما لم يكن الوصول الى القطع الا بالتزكية
والحق ان الظاهر يوجب الاستحقاق والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق الاستصحاب
واما اذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسال وقال ابو يوسف ومحمد لا بد ان يسال عنهم طعن
الخصم او لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك من كان مشهورا
بالعدالة لا يسال عنه ومن عرف جرحه ردت شهادته وانما يسال اذا شك وانما قلنا لا بد من السؤال
مطلقا لان القضاء يبنى على الحجة وهي شهادة العدول فلا بد ان يثبت عنده العدالة وذلك
بذلك ولا يخفى قوة دليل ابي حنيفة على ذلك وكونه لا بد ان تثبت العدالة لم يخالف فيه ابو حنيفة
ولكن يقول طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه
وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ولذلك قالوا هذا
اختلاف زمان لا حجة وبرهان وذلك لان الغالب في زمان ابي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما
وما قيل انه افتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير
القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما افتيا في القرن الرابع ففيه نظر فان ابا حنيفة
توفي في عام خمسين ومائة فكيف افتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الى اخره اثبات الخيرية
بالتدرج والتفاوت لا يستلزم ان يكون في الزمان المتاخر غلبة الفسق والظاهر الذي ثبت
بالغالب اقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه انه لما قطعنا بالغلبة الفسق
فقد قطعنا بان التزم الاسلام لم يجتنب محارمه فلم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة العدالة فكان
الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض **فرع** لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض سنة اشهر

وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة **قوله** ثم التزكية في السر
ان يبعث المستورة وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي اسماء الشهود ونسبهم وحلاهم والمصلى اي مسجد
محلتهم وينبغي ان لا يختار الا عدلا صالحا زاهدا كيلا يخدع بالمال امينا اعظم معرفة في هذه
الاوصاف فيكتب اليه ثم هو يسال عنهم اهل محلتهم وسوقهم ومن يعرفهم ويكون المزكي صاحب خبرة
بالناس مخالطا لهم منزويا عنهم فان هذا الامر لا يعرف الا بالمخالطة والمداخلة فان لم يجد الا اهل
محلته يسالهم فان وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الاخبار وعن ابن سماعة عن ابي حنيفة يجوز في تزكية
السر المراة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز في تزكية العلانية الا من يجوز شهادته
فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظة الشهادة فقط لان تزكية السر من الاخبار بالامور الدينية
وكل من هؤلاء يقبل خبره في الامر الديني اذا كان عدلا كما تقبل روايته للاخبار فاذا قال المسؤول عنه
هو عدل كتب المزكي هو عدل مرضي مقبول جائز الشهادة والا يكتب هو غير عدل وفي فتاوى
قاضي خان ان عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن الهتك او يقول الله اعلم الا
ان يخاف ان يقضي القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ومن لا يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق
يكتب مستور ثم يرد المستورة مع امين القاضي اليه كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع المزكي او يقصد
بالاذى واما العلانية فلا بد ان يجمع بين الشاهد والمعدل لتنتفي شبهة تعديل المعدل لغير هذا
الشاهد المسؤول عنه القاضي اذ قد يتفق اسم وشهرة وصفة لاثنين وقد كانت العلانية وحدها
في الصدر الاول لانهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا لغلبة النفوس فيه
توجبا للفتنة **وقد** روي عن محمد انه قال تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل
هو عدل جائز الشهادة لان العبد قد يكون عدلا وهو غير جائز الشهادة وقيل يكتفي بقوله هو
عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهو من اهلها فلا يلزم تلك الزيادة وهذا اصح لما ذكرنا من ان الظاهر
الحرية نظرا الى الدار فيكتفى به ما لم يطعن الخصم بالرق ثم قال ابو حنيفة تفريعا على قول من راى انه
يسال عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول
فلا نفع فيه التزكية لان في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا
يصلح معدلا لان العدالة شرط في المزكي بالاجماع **وعن** ابي يوسف ومحمد يجوز قوله ذلك
تعديلا لكن عند محمد يضم تزكية اخر الى تزكيته اي تزكية الخصم لان العدد عند محمد في المزكي شرط
وموضوع المسئلة ان يقول هم عدول الا انهم اخطاؤا او نسوا اما لو قال صدقوا او هم عدول صدقة
فهذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع وعن محمد فيما اذا قال هم عدول فالقاضي يسال المدعى
عليه اشهدوا عليك بحق ام بباطل فان قال بحق اقرار وان قال بغير حق لا يقضي بشيء **فرع**
اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وابو يوسف سنة ثم رجع وقال
ستة اشهر **قوله** واذا كان رسول القاضي الذي يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان
افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد من رسول القاضي
المزكي وهو المسؤول منه عن الشهود فجاز ان يقرا قوله الذي يسال عن الشهود بالبناء للمفعول
والحاصل انه يكفي في التزكية الواحد وكذا في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا

في الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضي وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند ابي حنيفة
وابي يوسف وبه قال مالك واحمد في رواية وعند محمد لابد من اثنين وبه قال الشافعي واحمد
في رواية لمحمد ان التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهي بالتزكية
فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه العدد كما تشترط العدالة ولذا اشترطت الذكورة
في المزكي في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها ولهما انه ليس في معنى الشهادة والتوقف لا
يستلزم اشتراكه مع ما توقف عليه في كل حكم بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون
مثلها وما لا فلا يلزم والتزكية لا يستند اليها ثبوت الحق بل الى الشهادة فكانت التزكية شرطا
لا علة ولهذا وقع التفرقة بينهما وبين الشهادة بالاجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التزكية
فلا يلزم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطه في التزكية على ان التعدية تكون بجامع يعلم
اعتباره واشتراط العدد في الشهادة امر تحكمي في الشهادة يعني تعبدي وفي المبسوط هو خلاف
القياس وهذا زيادة على كونه تعبديا اذ في القياس يكفي الواحد العدل لان خبره موجب للعمل لا علم
اليقين وكما لا يثبت العلم بخبر الواحد لا يثبت بخبر الاثنين فلا يتعداها اي لا يتعدى الشهادة
الى التزكية فهذا الخلاف في تزكية السر فاما تزكية العلانية فيشترط العدد بالاجماع على ما
ذكره الخصاف مع ان الوجه المذكور يجري فيه وقدمنا انه زيادة شبه لها بالشهادة من حيث اشتراط
مجلس القضا لها اتفاقا ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة في حق العدد قال المشايخ يجب
عنده اشتراط اربعة من المزكين في شهود الزنا والله سبحانه اعلم **فصل** يتعلق بكيفية
الاداء ومسوغه **قوله** ومما يتحمله الشاهد على قسمين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي يكون هو
تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والاقرار والطلاق وحكم الحاكم او فعلا كالغصب والقتل
فاذا سمع الشاهد القول كان سمع قاضيا يشهد جماعة على حكمه او رأى بيع معاطاة ففي الذخيرة
يشهدون بكل الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقولي ولا يقول اشهدني لانه كذب وانما
جاز الاداء بلا اشهاد لانه علم الموجب بنفسه وهو علم الموجب هو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا
حقيقة لمسوغ الاداء سواه وقوله في اطلاق يعني مطلق الاداء واستدل على تسويغ الشرع للاداء
في ذلك بقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون فافاد ان من شهد على ما تحقق كان ممدوحا فلزم ان ذلك
مطلق شرعا والا لم يكن ممدوحا وقال عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد فامر بالشهادة عند العلم
يقينا فهذا صريح جوابا انه لو قال له لا تشهد علي بما تسمعه مني ثم قال بحضرته لرجل بقي لك علي كذا
وغير ذلك الحال له بل يجب عليه ان يشهد بذلك وفي الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البايع عيبا
فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فانكر فالذين سمعوا منه حل لهم ان
يشهدوا على العيب في الحال والحديث رواه الحاكم في المستدرك والبيهقي في المعرفة من حديث
ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال هل ترى الشمس قال
نعم قال على مثلها فاشهد او دع صححه الحاكم وتعقبه الذهبي بان محمد بن سليمان بن مشمول ضعفه
غير واحد انتهى والمعلوم ان النسائي ضعفه ووافقه ابن عدي وفي العبارة المذكورة ما يفيد
انه مختلف فيه ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من وراءه لا يجوز له ان يشهد ولو شهد وفسر

للقاضي بان قال سمعته باع ولم ار شخصه حين تكلم لا يقبله لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان
يعلم ذلك لان المسوغ هو العلم غير ان رؤيته متكلما بالعقد طريق العلم به فاذا فرض تحقق طريق
آخر جاز وذلك بان يكون دخل البيت فرآه فيه وعلم ان ليس به احد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قعد
جلس عليه وسمع الاقرار او البيع فانه حينئذ يجوز له الشهادة عليه بما سمع لانه حصل به العلم
وهذه الصورة ونحوه ما في الاقضية ادعى على ورثة ما لا فقالا لا نشهدان الا ان المتوفى قبض
من المدعي صرة فيها دراهم وزنها انه فيهما قدرها وانها دراهم وان كلها جياد بما يقع عليه تعيينها
بذلك فاذا شهدا به جاز وفي الفتاوى اذا اقرت المراة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع ان يشهد على
اقرارها الا اذا رأى شخصها فحينئذ يجوز اجمل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا
الشهادة على امراة سال محمد بن الحسن ابا سليمان عنها قال لا يجوز حتى يشهد جماعة انها فلانة اما
عند ابي يوسف وعند ابيك فيجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وهل يشترط رؤية وجهها
اختلف المشايخ فيه منهم من لم يشترط واليه مال الامام خواهر زاده وفي النوازل قال يشترط
رؤية شخصها وفي الجامع الاصغر رؤية وجهها وانت تعرف انه لابد من معرفة تفيد التمييز
عند الاداء عليها فاذا ثبت ان التعريف يفيد التمييز لزم ان لا حاجة الى رؤية وجهها ولا شخصها
كما اختاره شيخ الاسلام خواهر زاده الا اذا لم يوجد من يعرفها واذا وجد فحينئذ يجري الخلاف
المذكور انه يكفي في المعرفة عدلان او لابد من جماعة ويوافقه ما في المنتقى تحمل الشهادة على امراة
فانت فشهدا عنده ان المقرة فلانة جاز له ان يشهد عليها نقله في الخلاصة وفي المحيط شهدا على
امراة سمياها ونسباها وكانت حاضرة فقال القاضي اتعرفانها فان لا لا تقبل شهادتهما ولو قالا
تحملناها على المسماة بفلانة بنت فلان الفلانيه ولا ندري انها هذه ام لا صحت الشهادة وكلف
المدعي بان ياتي باخرين يشهدان انها فلانة بنت فلان بخلاف الاول لانهما هناك اقرا بالجهالة
فبطلت الشهادة فهذا او نحوه يفيد ما قلنا ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة
فاذا سمع شاهدا يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده وذلك الشاهد على شهادة
نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضا فلا بد من الانابة والتحميل ولهذا
لو سمعه يشهد شاهدا على شهادة انه لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره وهذا
الاطلاق يقتضي انه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له ان يشهد على شهادته لانها حينئذ ملزمة
فروع كتب الى اخر رسالة من فلان الى فلان كتبت تتقاضى في الالف التي لك علي وكتب
قضيتك منها خمس مائة وبقي علي خمس مائة او كتب الى زوجته قد بلغني كتابك تسالين الطلاق فانت
طالق طلقت ساعة كتب وينبغي لمن علم ذلك ان يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق بخلاف
ما لو كتب صك وصية وقال للشهود اشهدوا علي بما فيه ولم يقراه عليهم قال علماؤنا لا يجوز لهم
ان يشهدوا عليه وقيل لهم ذلك والصحيح الاول وانما يحل لهم ان يشهدوا بما فيه اذا قراه عليهم
او رأوه يكتب وهم يقرؤنه او كتبه غيره ثم قراه عليه بحضرة الشهود فقال لهم اشهدوا علي بما
فيه ولو قراه عليه فقال الشاهد ان نشهد عليك بما فيه فحرك راسه بنعم بلا نطق فهو باطل الا
في الاخرس ومثلها اذا دفع اليهم وصية مختومة وقال هذه وصيتي وختمي فاشهدوا علي بما فيه

لا يجوز ان يشهدوا بما فيه وعن ابي يوسف اذا كتب بحضرة الشهود واودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد
ما فيه وامره ان يشهد بما فيه وسعه ان يشهد لانه اذا كان في يده كان معصوما من التبديل واعلم
انه انما يجوز لهم ان يشهدوا في المسئلة السابقة اذا كان الكتاب على الرسم المعروف بان كان على ورقه وعنوانه
كما هو العادة في الكتابة الى الغايب واذا شهد على ذلك التقدير فقال لم ارد الاقرار والطلاق لا يدين
القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى اما لو راه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم
يشهد ثم به لا يحل له ان يشهد بالدين لجواز كونه للتجربة بخلاف الكتابة المرسومة وبخلاف خط السمسار
والصراف لانه حجة العرف الجاري به على ما ياتي ان شاء الله تعالى في كتاب الاقرار قوله ولا يحل
للشاهد اذا راى خطه ان يشهد الا ان يتذكر شهادته التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم انه خطه
لا يشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل يخيل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره
القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكرها في ادب القاضي له ولم
يحك خلافا ولما حكى الخلاف الفقيه ابو الليث وغيره كشمس الايمة قال المصنف قيل هذا على قول ابي حنيفة
وعندهما يحصل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق يعني عدم جواز الشهادة اذا راى ولم يتذكر وانما
وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه يعني راى في ديوانه شهادة شهود اديت عنده
ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطلب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر انه شهد عنده بذلك
لم يجز له ان يحكم عنده وبه قال الشافعي واحمد في رواية وعن ابي يوسف ومحمد اذا وجده
في قمطره تحت خاتمه يجوز ان يقضي به وبه قال مالك واحمد في رواية وكذا اذا راى قضيته اي
راى حكمه مكتوبا في خريطته وهي القمطر به ولم يتذكر حكمه فهو على هذا الخلاف فظهر ان المصنف
حكى الخلاف فيهما واحدا بعينه وبينهما وشمس الايمة في ادب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك
في وجدان صحيفة الحكم واما في شهادة الشاهد يجدها في صك ويعلم انه خطه ولم يتذكر الحادثة
وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعلى خلاف
ذلك وقد صارت الفصول ثلثة وجدان القاضي الشهادة عنده او حكمه ووجدان الشاهد خطه
والراوي في الحديث فمحمد رحمه الله اخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال يعتمد الخط
اذا كان معروفا وابو يوسف في مسئلة القضا والرواية اخذ بالرخصة لان المكتوب كان في يده او يد
امينه وفي مسئلة الشهادة اخذ بالعزيمة لانه كان بيد الخصم فلا يامن الشاهد التغيير فلا
يعتمد خطه وحاصل وجه ابي حنيفة في صور خلافهم ان وضع الخط ليرجع اليه عند النسيان والا
فلا فايدة وهو يمنع حصر الفايدة في ذلك بل صح ان يكون فايدته ان يتذكر برؤيته عند النسيان
الا ترى انه اذا كان محفوظا مامونا عليه من التغيير كان يكون تحت ختمه في خريطته المحفوظة
عنده ان يترجح العمل بها بخلاف ما اذا كان عند غيره لان الخط يشبه الخط وراينا كثيرا ما يحاكي
خطوطهم حتى اني رايت ببلدة الاسكندرية خط رجل من اهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين
الدماميني كان رحمه الله فقيها مالكيا اديبا فصيحا شاعرا وخط اخر بها شاهد يعرف بالخطيب
لا يفرق الانسان بين خطيهما اصلا ودمامين بالنون بلدة بالصعيد ولقد اخبر من اثق بصلاحه
وخبره انه شاهد رجلا كان معيدا بالصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته في صك بين يدي

للخصاف

رجل

رجل فاراد بعض الظلمة ان ياخذ الصك منه فرجع صاحب الحق الى منزله لياتي به وكان ذا ملكة
فكتب صكا وجاء به الى الظالم ونقل رسم الشهادة ودفعه اليه فاراه صاحب الخط فلم يشك في
انه خطه وقال نعم هذا خطي وهذا قول ابي يوسف ويقتضي انه لو كان الصك في يد الشاهد
تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز ان يشهد اذا عرف خطه ولم يذكر الحادثة وهذا جواب محمد بن
مقاتل حين كتب اليه نصير بن يحيى فيمن نسي شهادته ووجد خطه وعرفه هل يسعه ان يشهد قال
اذا كان الخط في حرزه يسعه ان يشهد وقال في المجرد قال ابو حنيفة لو شهدوا على صك فقالوا
نعرف ان هذا خطنا وخواتيمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي ان ينفذ شيا من ذلك فان القاضي غيره
ثم اختصموا اليه فيه انفذه لان هذا امر يختلف فيه القضاة وهذا يفيد انه لو ذكر للقاضي اني
اشهد من غير تذكر للحادثة بل لمعرفة خطي لا يقبل فانه لم يحك خلافا ولو نسي قضاءه ولا سجل عنده
فشهد عنده شاهدان انك قضيت بكذا لهذا على هذا فان تذكر امضاه وان لم يتذكر فلا اشكال
ان عند ابي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل قول ابي يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو
قول احمد وابن ابي ليلى وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الاصل روايته للفرع ثم سمع الفرع يرويه
عنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يعمل به وعند محمد يعمل به ومن ذلك المسايل التي رواها محمد عن
ابي يوسف عن ابي حنيفة ونسيها ابو يوسف وهي ست فكان ابو يوسف لا يعتمد رواية محمد لها عنه
ومحمد كان لا يدع روايتها عنه كذا قالوا واعلم ان في تخريج المسايل الست اشكالا لان المذكور عنه
ذكرهم هذه المسايل ان ابا يوسف انكر وقال ما رويت لك عن ابي حنيفة ذلك على ما صرح به في الهداية
فيما اذا صلى اربعا فترك القراءة في احدى الاوليين واحدى الاخريين انه يلزمه قضا اربع فقال
ابو يوسف ما رويت لك الا ركعتين وهذه الصورة ليست من صور نسيان الاصل رواية الفرع
بل من صور تكذيبه الاصل رواية الفرع ترد في ذلك بخلاف ما اذا نسي الاصل ولم يجزم بالانكار
فلا ينبغي اعتبار قول محمد نعم اذا صح اعتبار ما ذكر عنه تخريجا على اصول ابي حنيفة يمكن قوله
ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشي لم يعاينه اي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين والسماع الا في النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الامور اذا اخبره بها من
يثق به من رجلين عدلين او رجل وامراتين ويشترط كون الاخبار بلفظة الشهادة وفي الموت اذا
قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظة الشهادة بالاتفاق او يتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكتفى
باخبار واحد عدل او واحدة وهو المختار بخلاف ما سواه لانه قل ما يشاهد حاله عند الموت الا
واحد لان الانسان يهابه ويكرهه فاذا راه واحد عدل ويعلم ان القاضي لا يقضي بذلك ولو عدل
اخبره غيره ثم يشهد ان بموته ولا بد ان يذكر ذلك المخبر انه شهد موته او جنازته او دفنه حتى يشهد
الاخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع اهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد ان يشهد بموته الا
ان شهد موته او سمع ممن شهد ذلك ذكره في الفتاوى والاكتفاء بالعدلين نقل عن ابي يوسف وعن
ابي حنيفة لا يشهد حتى يسمع من جماعة وقال الخصاف وفي كل حتى يسمع من العامة وتتابع الاخبار
ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب ان يسمع انه فلان
ابن فلان من جماعة لا يتصور تواطئهم على الكذب عند ابي حنيفة وعندهما اذا اخبره عدلان انه ابن

على الشهادة وابو بكر الاسكاف كان يفتي بقولهما وهو اختيار النسفي وفي النكاح لم يشترط المصنف مع
روية دخوله الى اخره ان يسمع من الناس انها زوجته وكذا القضاء وذكر غيره وهو الحق ثم قول احمد
كقولنا فيما سوى الدخول وقول الشافعي ورواية عن مالك والمصنف لم يحك خلافا بل جعل قياسا
واستحسانا فالقياس عدم الجواز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة فاذا لا استثنا في انتظام الصيغتين
لمعنى واحد بعد اشتراكهما في حروف الاصول والمشاهدة منتفية بمعنى القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره
لو سمع بالاستفاضة انه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره وجه الاستحسان ان العادة
جارية بذلك وذلك بسبب انه لا طريق الى معرفة هذه الاشياء سوى الخبر اذ لم تجر العادة بحضور
الناس الولادة وانما يرون الولد مع امه او مرضعة وينسبونه الى الزوج فيقولون هو ابن فلان
وكذا عند الموت لا يحضره غالبا الا الاقارب فاذا راوا الجنازة والدفن حكموا بموت فلان وكذا
النكاح لا يحضره كل احد وانما يخبر بعضهم بعضا ان فلانا تزوج فلانة وكذا الدخول لا يعلم
الا بامارات فان الوطي لا يشاهد وكذا ولاية السلطان القاضي لا يحضرها الا الخواص وانما
يحضرون جلوسه وتصديه للاحكام واذا كانت العادة ان علم هذه الاشياء غالبا لا يحصل
الا لبعض افراد وان الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغا للشهادة والا ضاعت
حقوق عظيمة تبقى على مر الاعصار كالنسب والنكاح والارث والموت وتترتب عليها امور كثيرة
مثل العدة والاحصان وكمال المهر في الدخول والحاسم لمادة الشغب الاجماع على وجوب
الشهادة بان عايشة بنت ابي بكر رضي الله عنها وانها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وانه
دخل بها وان عليا رضي الله عنه ابن ابي طالب وعمر بن الخطاب وان شريحا كان قاضيا وان ابا بكر
وعمر وعثمان وعليا ماتوا ولم نعاين شيئا من ذلك وحكي في الخلاصة عن ظهير الدين في الدخول
لا تجوز الشهادة فيه بالتسامع فلو اراد ان يثبت الدخول يثبت الخلوة الصحيحة ونص الخصاف
على انه يجوز بالتسامع لانه امر يشتهر بخلاف الزنا فاحشة تستر قوله وينبغي ان يطلق اذا
الشهادة فيشهد انه ابنه او اميرا او قاض اما اذا فسر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم
تقبل شهادته كما اذا شهد بالملك لمعاينة اليد له وتقبل ولو فسر فقال لاني رايتها في يده في
وقت من الاوقات لا تقبل وفي فوايد الظهيرية شهدا على النكاح وفسرا وقالا سمعنا ذلك من قوم
لا يتصور اجتماعهم على الكذب لا تقبل وقيل تقبل وقال صاحب العمدة لو قالا اخبرنا بذلك من نثق
به تقبل وجعله الاصح واختاره الخصاف وفي فصول الاستروشني لو شهدا على النكاح فسالهما
هل كنتما حاضرين فقالا لا لا تقبل شهادتهما لانه تحل لهما الشهادة بالتسامع وقيل لا تقبل كانهما
قالا لم نعاين ولو شهدا وقالا سمعنا لا تقبل لكنا هذا ولو شهدا انهما دفناه او قالا شهدنا
جنازته تقبل ولو شهد بالموت واحد واخر بالحيوة تاخذ امراته بشهادة الموت لانها تثبت العارض
ذكره رشيد الدين في فتواه وفي الخلاصة لو اخبرها واحد بموته واثنان بحيوته ان كان المخبر بالموت
عدلا وشهد انه عاين موته او جنازته وسعها ان تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم قال اذا لم يورخا
فان ارخا وتاريخ شاهد الحيوة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهدي الحيوة اولى وكذا الشهادة
بقتله انتهى واطلق في قضايا عصام الدين فقال شهدا ان زوجها مات او قتل وللاخر على

الحياة فالموت اولى وفي فتاوى ابي الفضل شهد عندها عدل ان زوجها ارتد والعياذ بالله هل لها
ان تتزوج فيه روايتان في السير لا يجوز وفي الاستحسان يجوز ومن فروع التسامع
في فتاوى النسفي قال رجل لامراة سمعت ان زوجك مات لها ان تتزوج ان كان المخبر عدلا فان تزوجت
ثم اخبرها جماعة انه حي ان صدقت الاول صح النكاح وفي المنتقى لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة
المخبر فقط وقد يقال ان هذا خلاف ما تقدم وقد يفرق ان ذلك في حل اقدامها وعدمه وهذا بعد
ان تزوجت واستحقها الزوج الثاني ظاهرا والشيء بالشيء يذكر اذا اخبرها واحد عدل او شهد عند
وليها بان زوجها طلقها او مات عنها ووقع في قلبها صدقه لها ان تعتد وتتزوج وذكر رشيد الدين
ايضا فيه انه انما تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفا بان كان عالما او من العمال
اما اذا كان تاجرا او من هو مثله لا تجوز الا بالمعاينة قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب اي
استثناء القدوري حيث قال الا في النسب الى اخر الاشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء
والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما وعن ابي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع اليه وكان
اولا يقول كقول ابي حنيفة ومحمد انه لا يجوز الا ان يسمعا المعتق ثم رجع الى انه يجوز لقوله صلى الله
عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وفي النسب يجوز بالتسامع فكذا في الولاء الا ترى انا نشهد ان قنبرا
مولى علي بن ابي طالب ونافعا مولى ابن عمر وبلالا مولى ابي بكر الصديق ولهما انه يبتنى على العتق
لكونه قولا يسمع وكثيرا ما يقصد الاشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما يبتنى عليه وليس تجويزنا
بالسماع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من ان النسب لا يرى اذ لا يرى العلوق وكذا تقليد
القضاء الا الخواص والموت والباقي فيؤدي الى ما ذكرنا ولا كذلك العتق وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه
من باب اخبار الحق وهذا بناء على ان لا خلاف في العتق انه لا يقبل بالتسامع وعليه نص شمس الايمة وذكر
الصدر الشهيد عن الحلواني ان الخلاف ثابت في العتق ايضا عند ابي يوسف يجوز بالتسامع خلافا
لهما وهو قول مالك واحمد وقول للشافعي وشرط الخصاف في الولاء على قول ابي يوسف شرطا لم يذكره
محمد في المبسوط فقال انما تقبل اذا كان العتق مشهورا وللمعتق ابوان او ثلثة في الاسلام قال المصنف
واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في اصله وقالوا لا قطع في شرحه وقال مجد الدين
وقوله لان اصله هو الذي يشتهر ليس بذاك والوجه في التوجيه انه وان كان قولا مما يقصد الاشهاد
عليه والحكم به في الابتدا لكنه في توالي الاعصار تبيد الشهود والاوراق مع اشتهاره وقضية تبقى
الباقية ان لم تجز الشهادة به بالتسامع فمست الحاجة الى ذلك وقوله فالصحيح الى اخره احتراز
عن قول طايفة من المشايخ قال في الفصول اختلف المشايخ قال بعضهم تحل وقال بعضهم لا تحل
ومن المشايخ من قال تجوز على اصل الوقف بالتسامع لا على شرايطه واليه مال شمس الايمة السرخسي وهو
ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط ان يبين الموقوف عليه بل ان يقول يبدا من غلتها بكذا ثم كذا
والباقي في كذا او كذا وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتاب الشهادات اذا شهدوا
ان هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي ان يقبل وتنص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم
يكن الوقف قديما لا بد من ذكر الواقف واذا شهدوا ان هذه الصيغة وقف ولم يذكروا الجهة
لا يجوز ولا تقبل بل يشترط ان يقولوا وقف على كذا ثم قال وما ذكر هنا وفي الاصل صورته ان يشهد

بالتسامع على انها وقف على المسجد او المقبرة ولم يذكروا انه يبدأ بغلتها فيصرف الى كذا ثم ما فضل
يصرف الى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسامع وهكذا قال المرغيناني قال لا بد من بيان الجهة
انه وقف على المسجد او المقبرة وما اشبه ذلك حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته قال وتاويل قولهم
لا تقبل الشهادة على شرايط الوقف انه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة ان يشهد انه يبدأ ومن غلته
يصرف الى كذا وكذا ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل ذكره في الذخيرة وذكر في المجتبى والمختار انه تقبل
على شرايط الوقف ايضا وانت اذا عرفت قولهم في الاوقاف التي انقطع ثبوتها ولم يعرف لها شرايط
ومصارف انها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تقف على تحسين ما في المجتبى لان ذلك
هو معنى الثبوت بالتسامع **قوله** ومن كان في يده شيء الى اخره صورته راى عينا سوى ما استثناه
في يد انسان ثم راها في يد غيره والاول يدعي عليه الملك وسعه ان يشهد للمدعي لان الملك يعرف بالظاهر
واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ولا دليل سواه لان غاية ما يمكن فيه ان يعاين سبب الملك من الشراء
والهبة وموت المورث وشيء من هذه الاسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملكا للاول وعن
ابي يوسف انه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك ان يقع في قلبه انه له **وفي** الفوايد الظهيرية
اسند هذا القول الى ابي يوسف ومحمد ولفظه وعنهما قال المصنف قالوا يعني المشايخ يحتمل ان يكون
هذا تفسير الاطلاق محمد في الرواية قال الصدر الشهيد يحتمل ان يكون قوله قول الكل وبه ناخذ
وقال ابو بكر الرازي هذا قولهم جميعا ووجهه ان الاصل في حل الشهادة اليقين لما عرف فعند تعذره
يصار الى ما يشهد به القلب لان كون اليد مسوغا بسبب افادتها ظن الملك فاذا لم يقع في القلب ذلك
لا ظن فلم تفد مجرد اليد ولهذا قالوا واذا راى انسان درة ثمينة في يد كناس او كتابا في يد جاهل
ليس في ابايه من هو اهل له لا يسعه ان يشهد بالملك له فعرف ان مجرد اليد لا يكفي وقال الشافعي
دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف وهو قول مالك لان اليد
تتنوع الى ملك ونيابة وضمان قلنا وكذا التصرف ايضا فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف ثم ينبغي
ان يطلق الشهادة حتى لو قال انه شهد بناء على اليد لا تقبل وهذا لان معاينة اليد مطلق للشهادة
مجوز لها لا موجب على الشاهد ان يشهد والقاضي يلزمه القضا بالملك بالشهادة ولهذا قلنا
اذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار الى جانبها فاراد ان ياخذها بالشفعة
لا يقضي القاضي له بذلك واذا ثبت عنده انها في يده يتصرف فيها اذا انكر المشتري ان الدار التي
ملكه لان العيان ليس سببا للوجوب بل للجواز **قوله** ثم ان عاين الملك الى اخره حاصله ان المسئلة على
اربعة اوجه الاول ان يعاين الملك والمالك وهو ان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه
وعرف الملك بحدوده وراه في يده بلا منازعة ثم راه في يد اخر فجاء الاول وادعاه وسعه ان يشهد
له نظرا الى المراد بالملك المملوك الثاني ان يعاين الملك دون المالك بان عاين ملكا بحدوده
ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي ينسب اليه الملك
وادعى ملك هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الجهالة في
المشهود به يمنع جواز الشهادة فكذا في المشهود له وجه الاستحسان ان الملك المشهود به معلوم
والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع ايضا واورد عليه انه يلزم ان يكون الشهاد

بالملك

بالملك بالتسامع واجيب بان الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك
يجوز لانه سمع ان هذا الملك لفلان بن فلان تحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه
في ضمنه والاعتبار بالتضمين ولا يخفى ان مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت
ملكه لتلك الضيعة لولا الشهادة به وكذا المقصود ليس اثبات النسب بل الملك في الضيعة
والله اعلم وعلى هذا قال الناصحي فان كان المالك امراة لا تخرج ولا يراها الرجال فان كان الملك
مشهورا انه لها جاز ان يشهد عليه لان شهرة الاسم كالمعاينة الثالث ان لا يعاين الملك ولا
المالك بان سمع ان لفلان الفلاني ضيعة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيعة
ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك لانه مجازف في هذه الشهادة الرابع
ان يعاين المالك بان عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع ان له ضيعة في كورة كذا وهو لا يعرف
تلك الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد له بالملك فيها لانه لم يحصل له العلم بالمحدود **قوله** واما
العبد والامة يعني اذا عاينهما في يد انسان يخدمانه اذا كان يعرف انهما رقيقان جاز له ان يشهد
انهما ملكه سواء كانا صغيرين او كبيرين لانهما بوصف الرق لا يد لهما على انفسهما وقد شوهدا في يد
غيرهما فكان كروية ثوب في يده وان لم يعرف رقهما فان كانا صغيرين اي لا يعبران عن انفسهما فكذلك
يجوز ان يشهد له بملكهما لما ذكرنا انهما لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين يعبران عن انفسهما
سواء كانا صبيين عاقلين او بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثنا في قوله سوى العبد
والامة لان لهما يدا على انفسهما فتدفع يد الغير عنهما حتى ان الصبي الذي يعقل لو اقر بالرق على نفسه
لغيره جاز اقراره ويصنع المقر له به ما يصنع بمملوكه واذا كان ممن يعبر عن نفسه لا يكون اليد دليل
الملك اذ الحر قد يخدم الحر خدمة العبيد وهذا الاحتمال نهد واذا كانا لا يعبران عن نفسهما
فاما اذا كانا كذلك اهلا فلا يزال اعتبارا لا باقرارهما بالرق فان لم يقرا لا يثبت الشهادة عليهما
به وانما لا يقبل دعواهما الحرية بعدما كبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال
صغرهما هذا وعن ابي حنيفة انه تحل ان يشهد في الكبيرين ايضا وكذا عن ابي يوسف ومحمد
فجعلوا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره وذو اليد يدعي
لنفسه فالقول لذي اليد لان الظاهر شاهد له لقيام يده عليه وقوله والفرق ما بينا من
كون يدهما على انفسهما فتدفع اليد عنهما والله سبحانه وتعالى اعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكرنا تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته واخره لان المحال شروط والشرط
غير مقصود لذاته والاصل ان التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم
والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة **قوله** ولا تقبل
شهادة الاعمى مطلقا سواء عمي قبل التحمل او بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع او لا تجوز
وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجوز فيه بالتسامع لان الحاجة فيه للسماع ولا
خلل في سمعه وهو قول للشافعي ومالك واحمد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري
وتقبل في الترجمة عند الكل لان العلم يحصل بالسماع وقال ابو يوسف يجوز فيما طريقه السماع

وما لا يكفي فيه السماع اذا كان بصيرا وقت التحمل اعمى عند الاداء اذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو
قول الشافعي ومالك واحمد لانه اذا كان يعرفه باسمه ونسبه كفى كالشهادة على الميت ولنا ان الاداء
يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له وعليه وهو منتف من الاعمى الا بالنغمة وفيه اي في
التمييز بالنغمة شبهة يمكن التحرز عنها بجنس المشهود فلم يقع ضرورة الى اهدار هذه التهمة بخلاف
وطء الاعمى زوجته وامته فانه لا يمكن التحرز عنه بجنس النسا فاهدرت دفعا للحرج عنه والاكتفا
بالنسبة في تعريف الغايب دون الحاضر بخلاف الميت لانه لا يمكن التحرز عنه بجنس الشهود على ان
الاشارة ثم تقع الى وكيل الغايب ووصي الميت وهو قايم مقامه ولا حاجة الى الالحاق بالحدود
من جهة ان شهادة الاعمى لا يقبل فيها بالاجماع بل لما تقدم ويكفي اذ الرد بتهمة ما في الحدود لا يستلزم
الرد بمثلها في غيرها لان تلك يحتاط في درء الحكم فيها واما الاستدلال بما عن علي رضي الله عنه انه
رد شهادة الاعمى فيقول ابو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها لجواز كونه كان في حد ونفيه وقد
في الذخيرة قول ابي يوسف بما اذا كانت شهادته في الدين والعقار اما في المنقول فاجمع علماونا
انها لا تقبل واستشكل بكتاب القاضي الى القاضي فان الشهود لا يشيرون الى احد ويقبل
اجيب بان الشهود فيه يعرفون المشهود عليه ويقولون لو رايناه عرفناه والاعمى لا يعرفه
اذ لو راه لم يعرفه حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل وايضا فنقول كتاب القاضي
للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الاعمى لما ذكرنا من امكان الاستغناء عنه بجنس
الشهود هنا فلو ادى بصيرا ثم عمي قبل القضا امتنع القضا عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام الاهلية
شرط وقت القضا لصيرورة الشهادة حجة عنده اي عند القضاء لانها انما تراد للقضا فما يمنع الادا
يمنع القضا والعمى والخرس والجنون والفسق يمنع الادا فيمنع القضا وابو يوسف قاسه على ما
اذا غاب الشاهد بعد الاداء قبل القضا او مات قلنا بالموت انتهت الشهادة وتمت وبالغيبة
ما بطلت بخلاف العمى فانه مبطل لها وفي المبسوط انه لا تجوز شهادة الاخرس باجماع الفقها لان لفظة
الشهادة لا تتحقق منه ونقض بان الاصح من قول الشافعي تقبل اذا كانت فيه اشارة مفهومة وبقولنا
قال مالك واحمد وهو قول للشافعي ولا شك في تحقق التهمة في الاشارة فهو اولى بعدم القبول
من الاعمى لان في الاعمى انما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيره من قدر المشهود به
وامور اخر قوله ولا تقبل شهادة المملوك اي الرقيق وبه قال مالك والشافعي وقال احمد
تقبل على الاحرار والعبيد وهو قول انس بن مالك رضي الله عنه وهو قول عثمان البتي واسحق وداود
وعن علي رضي الله عنه تقبل على مثله لا الاحرار والمعول عليه في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو الا
معنى ضعيف لعدم ثبوت عدالته وتمام تمييزه وعدم ولايته على نفسه لعارض تخصه من حق المولى
لا لنقص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع واما ادعاء الاجماع على عدم قبوله فلم
يصح قول البخاري في صحيحه وقال انس شهادة العبد جايزة اذا كان عدلا واجازه شريح وزرارة
ابن ابي اوفى وقال ابن سيرين شهادته جايزة الا العبد لسيده واجاز الحسن وابراهيم وقال شريح
كلكم بنو عبيد واماء الى هنا لفظ البخاري ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي
واحمد وعامة العلما وعن مالك تقبل في الجراح اذا كانوا مجتمعين لامر مباح قبل ان يتفرقوا

ويروي

ويروى ذلك عن ابن الزبير والوجه في ان لا تقبل لنقصان العقل والتمييز ولانه ربما نقله لعلمه
بعدم التكليف فرع اذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فاداها قبلت كالصبي اذا تحمل
فادى بعد البلوغ وكذا الذمي اذا سمع اقرار المسلم ثم اسلم فادى جاز قوله ولا تقبل شهادة
المحدود في قذف وقال الشافعي ومالك واحمد تقبل اذا تاب والمراد بتوبته الموجبة لقبول
شهادته ان يكذب نفسه في قذفه وهل يعتبر معه اصلاح العمل فيه قولان في قول يعتبر لقوله
الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا وقيل لا لان عمر رضي الله عنه قال لابي بكرة تب اقبل شهادتك
وقد يجاب بان ابا بكرة كان من العباد وحاله في العبادة معلوم فصلاح العمل كان ثابتا له فلم يبق الا التوبة
باكذاب نفسه واصله ان الاستثنا في قوله تعالى الا الذين تابوا ينصرف الى الجملة الاخيرة او الى الكل
والمسئلة محررة في الاصول وهي ان الاستثنا اذا تعقب جملا متعاطفة هل ينصرف الى الكل او الى الاخيرة
عندنا الى الاخيرة وقد تقدم ثلث جمل في قوله تعالى فاجلدوهم ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واوليك
هم الفاسقون والظاهر من عطف ولا تقبلوا انه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد
التابيد اما المناسبة فلان رد شهادته مولم لقلبه بسبب فعل لسانه كما انه الم قلب المقذوف
بسبب فعل لسانه بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم جلد ماية وتغريب عام فانه لا يناسب الحد لانه
بما يصلح مانعا في المستقبل من قوله والتغريب سبب لزيادة الوقوع لانه لغربته وعدم من يعرفه
لا يستحيي من احد يراقبه فاذا فرض ان له داعية الزنى اوسع فيه وكذا قيد التابيد لا فايدة
له الا تابيد الرد والا القبل ولا تقبلوا لهم شهادة واوليك هم الفاسقون جملة مستانفة لبيان
تعليل عدم القبول ثم استثنى الذين تابوا وهذا لان الرد على ذلك التقدير ليس الا للفسق وقد ارتفع
بالتوبة فلا معنى للتابيد على تقدير القبول بالتوبة واما رجوع الاستثنا الى الكل في قوله تعالى
في المحاربين ان يقتلوا الى قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم حتى سقط
عنهم الحد فلدليل اقتضاه وهو قوله تعالى من قبل ان تقدروا عليهم فانه لو عاد الى الاخيرة
اعني قوله ولهم عذاب عظيم لم يبق لقوله من قبل ان تقدروا عليهم فايدة للعلم بان التوبة
تسقط العذاب بغايته فقوله من قبل ان تقدروا عليهم ليس الا لسقوط الحد وهذا لانا انما
نقول بعود الاستثنا الى الاخيرة فقط اذا تجرد عن دليل عوده الى الكل فاما اذا اقترن بما عاد
اليهما كما يقول هو ان عودها الى الكل اذا تجرد عن دليل عودها الى الاخيرة فقط فلو اقترن به
عاد اليها فقط وحينئذ واذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعا اي زاجرا بقي بعد التوبة كاصله
اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالتوبة فكذا ما كان تماما له فالقياس على ساير الحدود غير صحيح لانها
لم تقترن بما يوجب ان الرد من تمام الحد فكان قياسا في مقابلة النص لا يقال رد الاستثنا الى
الجملة الاخيرة ينفي الفايدة لانه معلوم شرعا ان التوبة تزيل الفسق بغير هذه الاية لانا نقول
كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلا بل سمعا وذلك بايراد ما يدل عليه
من السمع وهذا منه وكون اية اخرى تفيده لا يضر للقطع بان طريق القران تكرار الدوال خصوصا
اذا كان مطلوب التاكيد كاقيموا الصلوة وقد تكرر الا الذين تابوا لذلك الغرض في اية الا
الذين تابوا الى قوله فاوليك اتوب عليهم وانا التواب الرحيم وفي اخرى الا من تاب وامن الى قوله

تعالى فاولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيا وفي اخرى الا من تاب الى قوله فاولئك يبدل الله سياتهم
حسنات ومواضع اخرى عديدة ولم يسع ان يقال في احدهما فتعرف هذا باية اخرى فلا فايدة
في هذا الامر اقدم على الكفر والعياذ بالله وانما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليوكد هذا المعنى
ولانه اذا لم يذكره الا في موضع واحد فعسى ان لا يسمعه بعض الناس فاذا تعدد مواضعه فمن لم يسمع
تلك الاية سمع تلك ومن لم يسمع تلك سمع اخرى فكان في تعداد افادة هذا المعنى نصب مظنة علمه
لكل احد مع تاكيد جانب عفوه لا لخصوص شناء عليه واما ما عن عمر رضي الله عنه انه قال لابي بكرة تب
اقبل شهادتك ففي ثبوته نظر لان راويه عمرو بن قيس ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضا بما
قاله لابي موسى الاشعري في كتابه له والمسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا في قذف او
مجربا في شهادة زور وظنينا بقرابة وقد قدمنا عنه صلى الله عليه وسلم من رواية ابن ابي شيبة
قوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا في قذف وبقولنا قال سعيد بن
المسيب وشريح والحسن وابراهيم النخعي وسعيد بن جبير وهكذا روي عن ابن عباس قال في المبسوط
الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته
قال المصنف او هو استثنا منقطع وذلك لان التايبين ليسوا داخلين في الفاسقين فكانه قيل واوليك
هم الفاسقون لكن الذين تابوا فان الله غفور رحيم اي يغفر لهم ويرحمهم وان كان من تمام الحد لكونه
مانعا اي زاجرا يبقى بعد التوبة كاصله اي كاصل الحد فانه لا يسقط بالعفو فكذا ما كان تتمة له
وفي المبسوط الصحيح من المذهب عندنا انه اذا اقام اربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل
شهادته قوله ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة في الجملة فكان ردها
من تمام شهادته وبالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم اعتق لا تقبل
شهادته لانه لم تكن له شهادة اذ ذاك فلزم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له وقد
طولب بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج الى دار الاسلام لا يحد حيث توقف حكم الموجب
في العبد الى ان امكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب الى الامكان بالخروج الى دار الاسلام ٥
اجيب بان الزنا في دار الحرب لم يقع موجبا اصلا لعدم قدرة الامام فلم يكن الامام مخاطبا
باقامته اصلا لان القدرة شرط التكليف فلو وجد بعد من وجه من غير سبب اخر كان بلا موجب وغير الموجب
لا ينقلب موجبا بنفسه خصوصا في الحد المطلوب درؤه اما قذف العبد فموجب حال صدوره
للحد غير انه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق وقال في المبسوط بعد
ان ذكر فرق المصنف هذا الفرق على الرواية التي تقبل خبر المحدود في القذف في الديانات
اما على رواية الشعبي ان لا تقبل فالفرق ان الكافر بالاسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة
عند اقامة الحد وهذه العدالة لم تصر مجروحة بخلاف العبد فانه بالعتق لا يستفيد عدالة
لم تكن من قبل فتصار عدالته مجروحة باقامة الحد ثم لا فائدة في تقييد الجواب في العبد بكون
العتق بعد الحد في قوله اذا حد ثم اعتق لانه لو لم يحد حتى اعتق فحد لا تقبل ايضا ولكن وضعه كذلك
لانه سبق لبيان الفرق بينه وبين الكافر والكافر لو قذف مسلما ثم اسلم ثم حد لم تقبل شهادته ولو
حد بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال اسلامه ففيه اختلاف الروايتين ومر في حد القذف

وفي هذه المسلة ثلث روايات لا يسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد تسقط اذا اقيم اكثره
اذا ضرب سوطا واحدا لان من ضرورة اقامة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه **قوله** ولا شهادة الوالد
وان علا لولده وان سفل ولا شهادة الولد لابويه واجداده اما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة
له قال المصنف الاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم لا تقبل الى اخره وهذا الحديث غريب وانما
اخرجه ابن ابي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال لا تجوز شهادة الابن لابيه ولا الاب لابنه ولا
الزوجة لزوجها ولا الزوج لامراته ولا الشريك لشريكه في الشيء بينهما لكن في غيره ولا الاجير لمن
استاجره ولا العبد لسيده انتهى وقال ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن سفين به واخرجا نحوه عن ابرهيم
النخعي لكن الخصاف وهو ابو بكر الرازي الذي شهد له اكابر المشايخ انه كبير في العلم رواه بسنده
الى عايشة رضي الله تعالى عنها ثنا صالح بن زريق وكان ثقة قال ثنا مروان وابن معاوية الفزاري
عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته
ولا العبد لسيده ولا السيد لعبده ولا الشريك لشريكه ولا الاجير لمن استاجره انتهى وقد فسر في
رواية شريح امر الشريك وذكر المصنف ايضا عنه صلى الله عليه وسلم لا شهادة للقانع باهل البيت
وهو بعض حديث رواه ابو داود في سننه عن محمد بن راشد عن سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب
عن ابيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخاين والخاينة وذي الغمر على اخيه
وشهادة القانع باهل البيت واجازها لغيرهم قال ابو داود الغمر الشحناء وكذا رواه عبد الرزاق
في مصنفه وعنه رواه احمد قال في التنقيح محمد بن راشد وثقه احمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما
وتكلم فيه بعض الايمة وقد تابعه غيره عن سليمان ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن ارطاة في ابن
ماجة وادم بن فايد في الدارقطني ولم يذكرا فيه القانع واخرج الترمذي عن يزيد بن زياد الدمشقي
عن الزهري عن عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة
خاين ولا خاينة ولا مجلود حدا ولا ذي غمر على اخيه ولا مجرب بشهادة زور ولا القانع باهل البيت
ولا ظنين في ولاء ولا قرابة انتهى وقال غريب لا نعرفه الا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي وهو
يضعف في الحديث قال والغمر العداوة انتهى وقال ابو عبيد والغمر العداوة والقانع التابع لاهل البيت
كالخادم لهم قال يعني ويطلب معاشه منهم والظنين المتهم في دينه فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن
فاذا ثبت رد القانع وان كان عدلا فالوالد والولد ونحوهما اولى بالرد لان قرابة الولاد اعظم في
ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ويكون دليلا على صحة حديث الترمذي المذكور
وفيه ولا ظنين في ولاء ولا قرابة وان كان راويه مضعفا اذ ليس الراوي الضعيف كل ما يرويه باطل
بل انما يرد لتهمة الغلط لضعفه فاذا قامت دلالة انه اجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا
وان كان من روايته ولان المانع بين الاولاد والاباء متصلة فتكون شهادة لنفسه من وجه ولكون
قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز الزكاة فيهم وعلى هذا كان شريح حتى رد شهادة الحسن حين
شهد مع قنبر لعلي رضي الله عنهم فقال علي رضي الله عنه اما سمعت انه صلى الله عليه وسلم قال الحسن
والحسين سيدا شباب اهل الجنة قال نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ايت بشاهد

آخر فقبل عزله ثم اعاده وزاد في رزقه فقبل رجع الى قوله قال المصنف والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ
الخاص الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم
لا شهادة للتابع باهل البيت وقد ذكرنا آنفا وفي الخلاصة والتلميذ الخاص الذي ياكل معه وفي
عياله وليس له اجرة معلومة وقيل المراد الاجير مسانهة او مشاهرة او مياومة لانه اذا كانت
اجارته على هذا الوجه دخلت منفعته التي بها الاداء في اجرته فيكون مستوجبا لاجرها فيصير كالمستاجر
عليها لان العقد وقع موجبا تمليك منافعه ولهذا يستحق الاجرة بتسليم نفسه وان لم يعمل بخلاف
الاجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستاجر لان العقد لم يقع موجبا تمليك منافعه بل وقع شهادة
على عمل معين له ولهذا لا يستحق الاجرة حتى يعمل فافترقا وفي العيون قال محمد في رجل استاجر رجلا
يوما واحدا فشهد له الاجير في ذلك اليوم القياس ان لا يقبل ولو كان اجيرا خاصا فشهد فلم يعدل
حتى ذهب الشهرة ثم عدل قال ابطلها كرجل شهد لامراته ثم طلقها ولو شهد ولم يكن اجيرا ثم صار
اجيرا له قبل ان يقضي بها ابطل شهادته فان لم يبطل حتى بطلت الاجارة ثم اعاد الشهادة جازت
كالمراة اذا طلقها قبل ان ترد شهادته ثم اعادها يجوز وما في ديات الاصل من قوله تقبل شهادة الاجير
حمل على الاجير المشترك كما حمل ما في كتاب الكفالة الاصل لا يجوز شهادة الاجير على الاجير الخاص
لما في نوادر ابن رستم قال محمد لا اجيز شهادة الاجير مشاهرة وان كان اجيرا مشتركا قبلت
شهادته انتهى واما شهادة الاستاذ للتلميذ والمستاجر للاجير فمقبولة لان منافعهما ليست مملوكة
للمشهود له **قوله** ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ولو كان المشهود له من الزوجة او الزوج
مملوكا وقال الشافعي تقبل وبقولنا قال مالك واحمد وقال ابن ابي ليلى والثوري والنخعي لا تقبل
شهادة الزوج لزوجها لان لها حقا في ماله لوجوب نفقتها وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة
وجه الشافعي ان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة اي كل يد في حيز غير حيز الاخرى فهي
مجموعة عنه من جاز الشي منعه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري فيه القصاص والحبس بالدين ولا
معتبر بما بينهما من النفع المشترك لكل منهما بمال الآخر لانه غير مقصود بالنكاح لانه لم يقصد لان
ينتفع كل منهما بمال الآخر وانما يثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم اذا شهد لمديونه
المفلس بمال له على آخر تقبل مع توهم انه يشاركه في منفعته ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم
ولا المراة لزوجها ولا الزوج لامراته وقد سمعت انه من قول شريح ومرفوعا من رواية الخصاف ولو
لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه والحاقه بقرابة الولاد في ذلك بجامع شدة الاتصال في المنافع
حتى يعد كل غنيا بمال الآخر ولذا قال تعالى ووجدك عائلا فاغنى قيل بمال خديجة بل ربما يكون
الاتصال بينهما في المنافع والانبساط فيها اكثر مما بين الآباء والاولاد فقد يعادي ابويه لرضى
زوجته وهي لرضاه ولان الزوجية اصل الولاد لان الولادة عنها تثبت فتلحق بالولاد فيما يرجع
الى معنى اتصال المنافع كما اعطي كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا بخلاف القصاص لان بعد
الموت لا زوجية وفي المحيط لا تقبل شهادة لمعتدته من رجعي ولا باين لقيام النكاح في بعض الاحكام
ولو شهد احدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فاعاد تلك الشهادة لا تقبل وكذا
لو ردت لفسق ثم تاب وصار عدلا واعاد تلك الشهادة لا تقبل وبه قال مالك واحمد والشافعي في

الاصح لان القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل بخلاف شهادة العبد والكافر
والصبي اذا ردت ثم اعتق واسلم وبلغ واعادها تقبل وبه قال الشافعي واحمد وقال مالك وهو
رواية عن احمد لا تقبل كالرد للفسق قلنا رد شهادتهم لعدم الاهلية لا لتهمة الكذب وهي كافية في
الرد فاذا صاروا اهلا تقبل ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل لمجرد تهمته به والاعادة
في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتاج الى الجواب فصار الحاصل
كل من ردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى لا تقبل اذا اعادها بعد زوال ذلك المعنى الا العبد
واحد الزوجين للآخر والكافر والاعمى والصبي اذا شهد كل منهم فرد ثم اعتق واسلم وابصر وبلغ
وارتفعت الزوجية فشهدوا في تلك الحادثة بعينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم وتقبل لام امراته وبنتها
ولزوج بنته ولامراة ابنه ولام مراة ابنه ولاخت امراته **قوله** ولا شهادة المولى لعبده لما تقدم
من رواية الخصاف ولانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين ومن وجه اذا كان لان
الحال اي حال مال العبد فيما اذا كان عليه دين موقوف مراعى بين ان يصير للغرما بسبب بيعهم المال
في دينه وبين ان يبقى للمولى بسبب قضايه دينه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب وهو قول الائمة
الثلاثة وقوله لما قلنا يعني من انه شهادة لنفسه من كل وجه او من وجه وفي المبسوط وكذا لا تقبل
شهادة ابي المولى وابنه وامراته لهؤلاء وكذا شهادة المراة لزوجها المملوك على ما قدمنا وكان مقتضى
القياس ان تقبل لانها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعوه للفظ النص السابق **قوله** ولا الشريك لشريكه
فيما هو من شركتهما بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتفاء التهمة غير ان هذا لا يتحقق في الشريك
المفاوض لان كل شي هو من شركتهما فلذا قالوا لا تقبل الا في الحدود والقصاص والنكاح والطلاق والعتاق
لان ما سوى هذه مشترك بينهما وينبغي ان يراد الشهادة بما كان من طعام اهل احدهما وكسوتهم ايضا
لانه لا شركة بينهما فيه **قوله** وتقبل شهادة الاخ لاخيه وعمه قيل بلا خلاف لكن قال شمس الائمة
في شرح ادب القاضي من السلف من قال لا تقبل شهادة الاخ لاخيه ولا شك في ضعف التهمة فيه لانه
لا بسوطة وليس مظنة ملزمة للالف بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء وكل قرابة غير الولاد
كالخال والخالة وغيرهما كالاخ تقبل فيه الشهادة **قوله** ولا تقبل شهادة مخنث والمراد المخنث في
الردي من الافعال وهو التشبه بالنسا تعمدا لذلك في تزينه وتكسير اعضايه وتليين كلامه
كما هو صفتهن لكون ذلك معصية **روى** ابو داود باسناده الى ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي
صلى الله عليه وسلم لعن المخنثين من الرجال والمترجلات من النساء يعني المتشبهات بالرجال فكيف
اذا اشبههن فيما هو افحش من ذلك فاما الذي في كلامه لين خلقة وفي اعضايه تكسر خلقة
فهو عدل مقبول الشهادة **قوله** ولا نائحة ولا مغنية هذا لفظ القدوري فاطلق ثم
قال بعد ذلك ولا من يغني للناس فورد انه تكرار يعلم ذلك مما ذكر من قوله مغنية والوجه ان
اسم مغنية ومغن انما هو في العرف لمن كان الغنا حرفته التي يكتسب بها المال الا ترى انه اذا قيل ما حرفة
فلان وما صناعته يقال مغن كما يقال خياط حداد فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير انه خص النوح
به لتوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله النايحات لعن الله المغنيات ومعلوم
ان ذلك لوصف التغني لا لوصف الانوثة ولا للتغني مع الانوثة لان الحكم المرتب على مشتق انما

يفيد ان وصفا لا اشتقاق وهو العلة فقط لا مع زيادة اخري نعم هو من المراة الحش لرفع صوتها
وهو حرام وتصوا على ان المغني للهوا وجمع المال الحرام بلا خلاف ومثل هذا لفظ النايحة صارعنا
لمن جعل النياحة مكتسبة وحينئذ كانه قال لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة ياكل بها لا من لم يكن
ذلك صناعة له ولذا علله في الكتاب بانه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة وفي النهاية ان الغنا في حقهن مطلقا
حرام لرفع صوتهن وهو حرام فكذا اطلق في قوله مغنيه وقيد في غناء الرجال بقوله للناس ويجي
ان قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لان من يطلق على المونث خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا
وكون صلتها وقعت بتذكير الضمير في قوله يغني بالبنا من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال لما عرف انه
يجوز في ضميرها مراعاة المعنى واللفظ ومراعاة اللفظ اولي وان كان المعنى على التانيث فكيف اذا
كان المعنى اعم من المونث والمذكر فان قلت تعليل المصنف بجمع الناس على كبيرة تقتضي ان التغني مطلقا
حرام وان كان مفاده بالذات ان الاستماع كبيرة لانهم انما يجتمعون على الاستماع بالذات لا ان
كون الاستماع محرما ليس لحرمة المسموع وليس كذلك فانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع
عنه الوحشة لا يكره وقيل لا يكره اذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان وقيل لا
يكره لاسماع الناس اذا كان في العرس والوليمة وان كان فيه نوع لهو بالنص في العرس فالجواب ان
في التغني لاسماع نفسه ولدفع الوحشة خلافا بين المشايخ منهم من قال لا يكره انما يكره ما كان على
سبيل اللهو احتجاجا بما عن انس بن مالك رضي الله عنه انه دخل على اخيه البرا بن مالك وكان من
زهاد الصحابة وكان يتغنى وبه اخذ شمس الايمة السرخسي ومن المشايخ من كره جميع ذلك وبه
اخذ شيخ الاسلام وحمل حديث البرا بن مالك انه كان ينشد الاشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم
والمواعظ فان لفظ الغنا كما يطلق على المعروف يطلق على غيره قال صلى الله عليه وسلم من لم يتغن
بالقران فليس منا وانشاد المباح من الاشعار لا باس به ومن المباح ان يكون فيه صفة امراة مرسلة
بخلاف ما اذا كانت بعينها حيه واذا كان كذلك فجاز ان يكون المصنف قايلا بتعميم المنع كشيخ الاسلام
الا انا عرفنا من هذا ان التغني المحرم هو ما كان في اللفظ ما لا يحل كصفة المذكر والمراة المعنية
الحيه ووصف الخمر المهيج اليها والدريات والخانات والهجا لمسلم او ذمي اذا اراد المتكلم هجاه لا اذا
اراد انشاد الشعر للاستشهاد به او لتعلم فصاحته وبلاغته ويدل على ان وصف المراة كذلك غير
مانع ما سلف في كتاب الحج من انشاد ابي هريرة رضي الله عنه وهو محرم قامت تريك رهبة ان تهضما
ساقا بخنداه وكعبا ادرما • وانشاد ابن عباس ان تصدق الطير ننك لميسا • لان المراة فيهما ليست
معينه فلولا ان انشاد ما فيه وصف امراة كذلك جايز لم تنقله الصحابة ومما يقطع به في هذا
قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم • وما سعاد غداة البين اذ رحلوا **قوله** الا
اغن غضيض الطرف مكحول • تجلوا عوارض ذي ظلم اذا ابتسمت كانه منهل بالراح معلول وكثير
في شعر حسان من هذا كقوله وقد سمعه صلى الله عليه وسلم ولم ينكره في قصيدته التي اولها •
تبلت فوادك في المنام خريدة • تسقي الضجيع ببارد بسام • فاما الزهريات المجردة عن غير ذلك
المتضمنة وصف الرياحين والازهار والمياه المطردة كقول ابن المعتز سقاها بعاثا خليج
كانه اذا صافحته راحة الريح مبرد • يعني سقا تلك الرياض وقوله وترى الرياح اذا مسحن غديره

مقلته بنقين كل قذاة **قوله** ما ان يزال عليه ظبي كارعا كتطلع الحسنا في المراة فلا وجه لمنعه على
هذا نعم اذا قيل ذلك على الملاهي امتنع وان مواعظ وحكما للالات نفسها لا لذلك التغني والله اعلم
وفي المغني الرجل الصالح اذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته • وفي مغني ابن قدامة الملاهي نوعان
محرم وهو الالات المطربة بلا غناء كالمزمار والطنبور ونحوه لما روى ابو امامة انه عليه السلام
قال ان الله بعثني رحمة للعالمين وامرني بمحق المعازف والمزامير والنوع الثاني مباح وهو الدف في
النكاح وفي معناه ما كان من حادث سرور ويكره غيره لما روي عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا سمع صوت
الدف بعث ينظر فان كان في وليمة سكت وان كان في غيره عمد بالدرة **وفي** الاجناس سيل محمد بن شجاع عن
الذي يترنم مع نفسه قال لا يقدح في شهادته • واما القراة بالالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار
ان كانت الالحان فاباحها قوم وحظرها قوم والمختار ان كانت الالحان لا تخرج الحروف عن نظمها وقدر
فمباح والا فغير مباح كذا ذكر وقد قدمنا في باب الاذان ما يفيد ان التلحين لا يكون الا مع تغيير مقتضيات
الحروف فلا معنى لهذا التفصيل • ونقلنا هناك عن الامام احمد انه قال للسايل عن القراة بالتلحين وقد
جاء بالمنع ما اسمك فقال محمد فقال ايعجبك ان يقال لك يا موحامد هذا • واما النايحة فظاهر انها
ايضا في العرف لمن اتخذت النياحة مكسبة فاما اذا ناحت لنفسها فصرح في الذخيرة قال لم يرد النايحة
التي تنوح في مصيبتها بل التي تنوح في مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة لانها ارتكبت معصية وهي الغنا
لاجل المال فلا يومن ان ترتكب شهادة الزور لذلك وهو ايسر عليها من الغنى والنوح وهي الغنى والنوح
في مدة طويلة ولم يتعقب هذا احد من المشايخ فيما علمت لكن بعض متاخري الشارحين نظر فيه بانه
معصية فلا فرق بين كونه للناس اولا قال صلى الله عليه وسلم لعن الله الصالقة والحالقة والشاقة
وقال ليس منا من ضرب الخدود وشق الجيوب ودعى بدعوى الجاهلية وهما في صحيح البخاري ولا شك
ان النياحة ولو في مصيبة نفسها معصية لكن الكلام في ان القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج
فيه الى الشهرة ليصل الى القاضي فانما قيد بكونها للناس لهذا المعنى والا فهو يرد عليه مثله في
قولهم ولا مدمن الشرب على اللهو يريد شرب الاشربة المحرمة خمرا وغيره ولفظ محمد في الاصل ولا
شهادة مدمن خمر ولا شهادة مدمن السكر يريد من الاشربة المحرمة التي ليست خمرا فقال هذا
الشارح يشترط الادمان في الخمر وهذه الاشربة يعني الاشربة المحرمة لسقوط العدالة مع ان شرب
الخمر كبيرة بلا قيد الادمان ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الادمان لكن نص في الاصل كما
سمعت فما هو جوابه هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النياحة للناس ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه
اشتراط الادمان انه انما شرط ليظهر عند الناس فان من شربها سرا لا تسقط عدالته ولم يفسر فيه
بكلمة واحدة فكذا التي ناحت في بيتها لمصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتهار ذلك عند الناس
وانظر الى تعليل المصنف بعد ذكر الادمان بانه ارتكب محرم دينه مع ان ذلك ثابت بلا ادمان فانما
اراد انه اذا ادمن حينئذ يظهر انه مرتكب محرم دينه فترد شهادته بخلاف التي استمرت تنوح للناس
لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في رد شهادته وصرح
بان الذي يتهم بشرب الخمر لا تسقط عدالته • ومنهم من فسر الادمان بنيته وهو ان يشرب ومن نيته
ان يشرب مرة اخرى وهذا هو معنى الاصرار وانت تعلم انه سيذكر رد شهادة من ياتي بابا من ابواب الكبا

التي يتعلق بها الحد وشرب الخمر منها من غير توقف على نية ان يشرب ولان النية امر مبطن لا يظهر للناس
والمدارات التي يتعلق بوجودها حكم القاضي لابد ان تكون ظاهرة لا خفية لانها معرفة والخفي لا يعرف
والظهور بالادمان الظاهر لا بالنية نعم بالادمان الظاهر يعرف اصراره لكن بطلان العدالة لا يتوقف
في الكباير على الاصرار بل ان ياتيها ويعلم ذلك وانما ذلك في الصغاير وقد اندرج فيما ذكرنا شرح ذلك واما
من يلعب بالطيور فلانه يورث غفلة وهذا كانه بالخاصية المعروفة بالاستقرا وترد شهادة المغفل
لعدم الامن من زيادته ونقصه ولانه يقف على عورات الناس بصعود سطحه ليطير طيره وهذا
يقتضي منع صعود السطح مطلقا الا ان يراد ان ذلك يكثر منه لهذه الداعية فان الداعية التي
كالحرب في اقتضاء المواظبة عليه كما في لعب الشطرنج فانه يشاهد فيه داعية عظيمة على المواظبة
حتى انهم ربما يستمرون النهار والليل لا يسال احدهم عن اكل ولا شرب وهذا من اظهر وجه على انه من دواعي
الشيطان والاوجه ان اللعب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع اناس اراذل وصحبتهم
وذلك مما يسقط العدالة هذا وفي تفسير الكباير كلام فقيل هي السبع التي ذكرت في الحديث وهو
الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المومن
والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم اكل الربا واكل مال اليتيم وفي البخاري عنه عليه الصلاة والسلام
اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن فذكرها وفيها السحر واكل الربو واكل مال
اليتيم وفيه عنه عليه الصلاة والسلام الا انبئكم باكبر الكباير قالوا بلى يا رسول الله قال الشرك
بالله وعقوق الوالدين وكان متكيا فجلس وقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال يكررها
الحديث وقد عد ايضا منها السرقة وورد في حديث من جمع بين صلوتين من غير عذر فقد اتى بابا
من ابواب الكباير وقيل الكبيرة ما فيه حد وقيل ما يثبت حرمته بنص القران وقيل ما كان حراما
لعينه ونقل عن خواهر زاده انها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع فاحشة كاللواطة او لم يسم
بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع اما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا او الوعيد بالنار في
الاخرة كاكل مال اليتيم ولا يسقط عدالة شارب الخمر بنفس الشرب لان هذا الحد ما ثبت بنص قاطع
الا اذا داوم على ذلك لان العداوة تزول بالاصرار على الصغاير فهذا اولى وهذا خلاف ما تقدم
من عد شرب الخمر من الكباير في نفس الحديث وذكره الاصحاب وفي الخلاصة بعد ان نقل القول بان الكبيرة
ما فيه حد بنص الكتاب قال واصحابنا لم ياخذوا بذلك وانما بنوا على ثلثة معان احدها ما كان
شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله تعالى والثاني ان يكون فيه منابذة المروة والكرم وكل فعل
يرفض المروة والكرم فهو كبيرة والثالث ان يصر على المعاصي والفجور ولا يخفى ما في هذا من عدم
الانضباط وعدم الصحة ايضا وما في الفتاوى الصغرى العدل من يجتنب الكباير كلها حتى لو ارتكب
كبيرة تسقط عدالته وفي الصغاير العبرة للغلبة لتصير كبيرة حسن ونقله عن ادب القاضي
لعصام وعليه المعول غير ان الحكم بزوال العدالة بارتكاب الكبيرة يحتاج الى الظهور فلذا شرط
في شرب المحرم والسكر الادمان والله سبحانه اعلم ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على
الشرب وان لم يشرب لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يسقط عدالته وفي الذخيرة والمحيط
وكذا الاعانة على المعاصي والحث عليها من جملة الكباير قوله ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف

العورة

العورة حرام وفي الذخيرة اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك واما ما ذكر الكرخي ان من مشى في الطريق
بسراويل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لانه يخل بالمروة قوله او ياكل الربا الى قوله
ولا من يفعل الافعال المستحقرة اما اكل الربو فكثير اطلقوه وقيده في الاصل بان يكون مشهورا به قيل
لان مطلقه لو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لان العقود الفاسدة كلها في معنى الربوا وقل من يباشر
عقود البياعات ويسلم دائما منه وقيل لان الربو ليس بحرام محض لانه يفيد الملك بالقبض كساير
البياعات الفاسدة وان كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة والمانع في الحقيقة هو ما
يكون دليلا على امكان ارتكاب شهادة الزور وشهادة الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك
بخلاف اكل مال اليتيم ترد شهادته بمرة وقيل لانه اذا لم يشتهر به كان الواقع ليس الا تهمة اكل الربو
ولا تسقط العدالة به وهذا اقرب ومرجعه الى ما ذكر في وجه تقييد شرب الخمر بالادمان واما
قوله ليس بحرام محض فلا تعويل عليه والدال على تجويز شهادة الزور يكفي كونه مرتكبا محظور دينه
الا ترى الى ما قال ابو يوسف اذا كان الفاسق وجيها تقبل شهادته لبعد ان يشهد بالزور لوجاهته
على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لانه مخالف لنص الكتاب قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتبينوا واما
الاول فالربو لم يختص بعقد على الاموال الربوية فيه تفاضل او نسية بل اكثر ما كانوا عليه وبه نزل
اية الربو بسبب اقراضهم المقدار كالماية وغيره باكثر منه او الى اجل فان لم يقضه فيه اربى عليه فزيد
الكمية وهذا هو المتداول في غالب الازمان لا بيع درهم بدرهمين فربما لم يتفق ذلك اصلا او الا قليلا
واما اكل مال اليتيم فلم يقيده احد ونصوا انه بمرة ترد شهادته نعلم انه لابد من الظهور للقاضي لان الكلام
فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه بمرة يظهر لانه محاسب فيعلم انه استنقص من المال والحاصل
ان الفسق في نفس الامر مانع شرعا غير ان القاضي لا يرتب ذلك الا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك
ولذا نقول اذا علم انه يلعب بالنرد رد شهادته سواء قامر به او لم يقامر لما في حديث ابي داود من لعب
بالنردشير فقد عصى الله ورسوله ولعب الطاب في بلادنا مثله لانه يرمي ويطرح بلا حساب واعمال فكر
وكلما كان كذلك مما احدثه الشيطان وعمله اهل الغفلة فهو حرام سواء قومر به او لا فاما الشطرنج
فقد اختلف في اباحته فعندنا لا يجوز وكذا عند الامام احمد لما رويناه فانه قد قيل ان النردشير
هو الشطرنج ولما سياتي في باب الكراهة ان شاء الله تعالى من قوله صلى الله عليه وسلم كل لهو المومن
باطل الا ثلاثة تاديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع اهله ورواه ابو داود عن
عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم ليس من اللهو الا ثلاث تاديب الرجل فرسه وملاعبته اهله
ورميه بقوسه ونبله وعند الشافعي ومالك يباح مع الكراهة ان تجرد عن الحلف عليه كاذبا
وتاخير صلوة عن وقتها والمقامرة به فلما كان للاجتهاد فيه متجرد اساغ لم تسقط العدالة به واما
ما ذكر من ان من يلعبه على الطريق ترد شهادته فلاتيانه الامور المحقرة ولا تقبل شهادة اهل الشعبذة
والذي في ديارنا دكاكا لانه اما ساحر او كذاب اعني الذي ياكل منها ويتخذها مكسبة فاما من علمها ولم
يعملها فلا وصاحب السيميا على هذا قوله ولا من يفعل الاشيا المستحقرة وفي بعض النسخ المستقبحة وفي
بعضها المستخفة وان لم تكن في نفسها محرمة والمستخفه بفتح الخاء وكسرها اي التي يستخف الناس فاعلها
او الخصلة تستخف الفاعل فيه وامثالها ما لا يليق وعلى هذا المعنى قوله تعالى ولا يستخفنك الذين

لا يوقرون وذلك كالاكل على قارعة الطريق يعني بمراي الناس والبول عليها ومثله الذي يكشف عورته
ليستنجي من جانب بركة والناس حضور وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحيي من الطلبة
والمشي بسراويل فقط ومد رجله عند الناس وكشف راسه في موضع يعد فعله خفة وسوء ادب
وقلة مروءة وحيا لان من يكون كذلك لا يبعد منه ان يشهد بالزور وفي الحديث عنه عليه الصلاة
والسلام ان مما ادرك الناس من كلام النبوة الاولى اذا لم تستحي فاصنع ما شئت وعن الكرخي لو ان شيخا
صارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لانه سخف واما اهل الصناعات الدنية كالكساح وهو
الذي يسمى في عرف بلاد مصر قنوانيا والزبال والحايك والحجام فقيل لا تقبل وبه قال الشافعي
واحمد في وجه ووجهه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ورايت اكثر مخلف للوعد السكرى والاصح تقبل
لانه قد تولاها قوم صالحون فالم يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ومثله النخاسون
والدلالون فانهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع حلفهم فلا تقبل الا من علم عدالته منهم وقيل
لا تقبل شهادة بايع الاكفان قال شمس الايمة هذا اذا ترصد لذلك العمل فاما اذا كان يبيع
الثياب ويشتري منه الاكفان فتقبل لعدم تمنيه الموت للناس والطاعون وقيل لا تقبل شهادة
الصكاكين لانهم يكتبون هذا ما اشترى او باع او آجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا لا فرق
في الكذب بين القول والكتابة والصحيح تقبل اذا كان غالب احوالهم الصلاح فانهم غالبا انما يكتبون
بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على المجازة تنزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن
الكتابة اذا صدر المعنى بعدها ورد بعض العلما شهادة القروي والاعرابي وعامة العلما تقبل
الا بمانع غيره ولا تقبل شهادة الطفيلي والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف وفي الحديث
ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ويل له ويل له بلا خلاف وقال نصير بن يحيى من
يشتم اهله ومماليكه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وان كان احيانا تقبل وكذا الشتام للحيوان كدابته
واما في ديارنا فكثير يشتمون بايع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك ولا من يحلف في كلامه
كثيرا ونحوه وحكي ان الفضل بن الربيع شهد عند ابي يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة
فقال الخليفة ان وزيري رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لاني سمعته يوما قال
للخليفة انا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك فعذره الخليفة
والذي عندي ان رد ابي يوسف شهادته ليس للكذب لان قول الحر لغيره انا عبدك انما هو مجاز باعتبار
معنى القيام بخدمتك وكوني تحت امرك ممتثلا له على اهانة نفسي في ذلك والمتكلم بالمجاز على اعتبار
الجامع ووجه الشبهة ليس كذبا محظورا شرعيا ولذا وقع المجاز في القران ولكن رده لما يدل عليه
خصوص هذا المجاز من اذلال نفسه وتملقه لاجل الدنيا فربما يعز هذا الكلام اذ قيل للخليفة
فعدل الى الاعتذار بامر يقرب من خاطره والحاصل ان ترك المروءة مسقط للعدالة وقيل في تعريف
المروءة ان لا ياتي الانسان بما يعتذر منه مما يبخسه عن مرتبته عند اهل الفضل وقيل السمت الحسن
وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دني والسخف رقة العقل من قولهم
ثوب سخيف اذا كان قليل الغزل وعن ابي حنيفة لا تقبل شهادة البخيل وقال مالك ان افرط لانه
يؤديه الى منع الحقوق قوله ولا من يظهر سب السلف كالصحابة والتابعين ومنهم ابو حنيفة

وكذا العلما ونص ابو يوسف على عدم قبوله قال لانه اذا ظهر سب واحد من المسلمين يسقط عدالته
فاذا ظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا وقيد بالاظهار لانه لو اعتقده ولم يظهره فهو على
عدالته ولذا قال ابو يوسف من رواية ابن سماعة لا اقبل شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله
عليه وسلم واقبل شهادة من يتبرا منهم لان اظهار الشتيمة مجونه وسفه لا ياتي به الا الاوضاع
والاسقاط وشهادة السخيف لا تقبل ولا كذلك المتبري لانه يعتقده دينا مرضيا عند الله
وان كان على باطل فالحاصل انه من اهل الاهوا وشهادة اهل الاهوا جايزة قوله ولا تقبل
شهادة اهل الاهوا كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج وسايرهم تقبل شهادتهم على مثلهم
وعلى اهل السنة الا الخطابية وهم طايفة من الروافض لا لخصوص بدعتهم وهواهم بل للتهمة
لما نقل عنهم انهم يشهدون لمن حلف لهم انه محق ويرون وجوبا لشهادة لمن كان على رايهم فتمنع قبول
شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للامر الاول وما نقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك
وابي حامد من الشافعية واما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف وجه قول مالك ما ذكر ان البدعة
في الاعتقاد من اعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالاية ولنا ان صاحب الهوى مسلم غير متهم
بالكذب لتدينه بتحريمه حتى انه ربما يكفر به كالخوارج فهو ابعد من التهمة واما الاية فانها
مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الاسلام فكان المراد منها الفسق الفعلي ولذا قال محمد
بقبول شهادة الخوارج اذا اعتقدوا ولم يقاتلوا فاذا قاتلوا ردت شهادتهم لاظهار الفسق
بالفعل والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول روايتهم للحديث وفي صحيح البخاري كثير منهم مع
اعتماده العلو في الصحة مع ان قبول الرواية ايضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى
وهو ان رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك منتف فيهم والخطابية نسبة الى ابي الخطاب
وهو محمد بن ابي وهب الاجدع وقيل محمد بن ابي زينب الاسدي الاجدع وخرج ابو الخطاب
بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس واظهر الدعوة الى جعفر فتبرا منه جعفر
ودعا عليه فقتل هو واصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناس قوله وتقبل شهادة اهل الذمة
بعضهم على بعض قيد به ليخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة اهل ملة منهم على
اهل ملة اخرى وقد نص عليه بقوله وان اختلفت مللهم احترز به من قول ابن ابي ليلى وابي عبيد
انها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه وقال مالك والشافعي
رحمهما الله لا تقبل اصلا لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون ووقع في كثير من نسخ
الهداية والكافرون هم الفاسقون وفي النهاية النسخة المصححة بتصحيح شيخي قال تعالى والكافرون
هم الفاسقون اذ الذي في القران والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل
شهادتهم على المسلم وصار كالمرتد بذلك الجامع ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم
وقال ممن ترضون من الشهدا والكافر ليس ذا عدل ولا مرضي ولا منا ولانا لو قبلنا شهادتهم
لاوجبنا القضا على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شي بقولهم قال المصنف ولنا ما روي
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض قال الامام المخرج غريب
وغير مطابق للدعوى وهو ان شهادة بعضهم على بعض جايزة وان اختلفت مللهم ولو قال اهل الكتاب

عوض النصارى وافق وهكذا اخرجه ابن ماجة عن مجالد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله ان النبي صلى الله
عليه وسلم اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض ومجالد فيه مقال ثم قال شيخنا علاء الدين رحمه الله
عليه ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصارى وذكر ما رواه ابو داود ولهذا الاسناد جاءت
اليهود برجل وامراة منهم زنيا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ائتوني باعلم رجلين منكم فاتوه
بابني صوريا فنشدهما الله كيف تجدان امر هذين في التورية قالا نجد فيها اذا شهد اربعة منهم انهم
رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجما قال فما يمنعكما ان ترجموهما قال ذهب سلطاننا فكرهنا
القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاءوا اربعة فشهدوا انهم رأوا ذكره في فرجها
كالميل في المكحلة فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجمها قال هكذا وجدته في نسخة علاء الدين
خطابه وهو تصحيف وانما هو فدعا بالشهود كشفته من غير نسخة وكذا رواه اسحق بن راهويه وابو يعلى
الموصلي والبزار في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا فدعا بالشهود قال في التنقيح قوله في الحديث
تفرد بها مجالد ولا يحتج بما تفرد به انتهى كلامه لكن الطحاوي اسنده الى عامر الشعبي عن جابر وفيه
انه صلى الله عليه وسلم قال ائتوني باربعة منكم يشهدون ثم قول القائل لا يقبل ما تفرد به مجالد يجري
فيه ما ذكر من ان الراوي الضعيف اذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط
ولا شك ان رحمه عليه السلام كان بناء على ما سأل من حكم التورية فيهما **واجيب** به من ان حكمها الرجم بشهادة
اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد من كونه بني على شهادة اربعة اذ هو يوافق ما انزل اليه فلا بد
من كونه بني على شهادة اربعة في نفس الامر منهم وان لم يذكر في الرواية المشهورة لان القصة كانت فيما
بين يهود في مجالسهم وانما كتمهم فمنه دلالة على ان مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة وانت علمت في مسئلة
اهل الاهواء ان مراد الآية فسق الافعال لانه الذي يتهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد الا ان شهادتهم
على المسلمين نسخت بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فبقيت على بعضهم ثم استدل بالمعنى
وهو ان الذمي من اهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على اولاده الصغار ومماليكه فجازت شهادته
على جنسه بخلاف المرتد المقيس عليه لهم لا ولاية اصلا فلا شهادة ولانه يتقول على المسلم الغيظ بقهره
وكان متهما فيه بخلاف اهل ملة اخرى لانه وان عاداه ليس احدهم تحت قهر الاخر فلا حامل له فلا تقول
عليه ولا يخفى ما فيه اذ مجرد العداوة مانع من القبول كما في مسلم يعادي مسلما يشيد هذا المعنى
حديث مضعف بعمر بن راشد رواه الدارقطني وابن عدي من حديث ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة الا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فانها تجوز على ملة غيرهم وايضا
فقول الراوي اجاز شهادة اهل الكتاب بعضهم على بعض يحتمل ان يكون حكاية واقعة حال شهد فيها
بعض اليهود او بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ويحتمل انه حكاية لتشريع قولي فيعم شهادة المليين
ملة على ملة فلا يحكم باحدهما عينا عينا فان في هذه خلافا في الاصول ورجح الثاني وهي مسئلة قول
الراوي مثل قضى بالشفعة للجار **قوله** ولا تقبل شهادة الحربي على الذمي اراد به المستأمن لانه لا
يتصور غيره فان الحربي لو دخل بلا امان فهو استرق ولا شهادة للعبد على احد وذلك لان الذمي
اعلى من المستامن لانه قبل خلف الاسلام وهو الجزية فهو اقرب الى الاسلام منه ولهذا يقتل المسلم بالذمي
عندنا لا بالمستامن وقوله بخلاف الذمي متصل بقوله فان كانوا من دارين يعني تقبل شهادة الذمي

على المستامن وان كانا من اهل دارين مختلفين لان الذمي بعقد الذمة صار كالمسلم وشهادة المسلم تقبل
على المستامن فكذا الذمي وانما لا يجري التوارث بين الذمي والمستامن لان المستامن من اهل دارنا فيما يرجع
الى المعاملات والشهادة منها ومن اهل دار الحرب في الارث والمال **قوله** واذا كانت الحسنات اغلب
من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته هذا هو معنى المروي عن ابي يوسف في حد العدالة
وهو احسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي والمروي عن
ابي يوسف هو قوله ان لا ياتي بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره اكثر من هتكه وصوابه اكثر من
خطائه ومروته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروته هكذا نقله عنه القاضي
ابو حازم حين ساله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له احسن ما نقل في هذا
الباب ما روي عن ابي يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصاري القاضي ثم ذكر ذلك وكان يكفيه الى قوله
ومروته ظاهرة **وقول** المصنف رحمه الله فاما الالمام بمعصية فلا تنقدح به العدالة يريد الصغيرة
ولفظ الالمام والمراد به في الصغيرة ومنه قول ابي خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة ان تغفر
اللهم تغفر جما واي عبد لك لا الما هكذا اورده القتبي عنه بسنده ونسبه الخطابي الى امية ونسبه
الخطابي صاحب الذخيرة اياه الى النبي صلى الله عليه وسلم غلط ولا بد من ذكر افراد نص عليها منها
ترك الصلوة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه في دين ولا حال وان كان متاولا في تركها كان يكون
معتقدا فضله اول الوقت والامام يؤخر الصلوة او غير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا
بترك الجمعة من غير عذر منهم من اسقطها بمرة واحدة كالحلواني ومنهم من شرط ثلاث مرات كالسرخسي
والاول اوجه **وذكر** الاسبيجابي من اكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من
كونه في غير ارادة التقوي على صوم الغد او مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان
او الامير عند قدومه ورد شداد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه في النفقة في طريق مكة
كانه راى منه تضييقا ومشاحة تشهد بالبخل **وقال** الخصاف ان ركوب البحر للتجارة او للتفرج
يسقط العدالة وكذا التجارة الى ارض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه يخاطر بدينه ونفسه
لنيل المال فلا يؤمن ان يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه
على الفور وكذا من لم يؤد زكوته وبه اخذ الفقيه ابو الليث وكل من شهد على اقرار باطل
وكذا على فعل باطل مثل من ياخذ سوق النخاسين مقاطعة واشهد على وثيقتها شهودا قال
المشايخ ان شهد واحل لهم اللعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند بيع
السلطان على ضمان الجهات والاجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم
قوله وتقبل شهادة الاقلف نص عليه الخصاف قال ويجوز صلاته وامامته الا اذا تركه
على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة
لما روي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة وما عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه لا تقبل شهادته ولا تقبل صلوته ولا تؤكل ذبيحته انما اراد به المجوس
الا ترى الى قوله لا تؤكل ذبيحته **قوله** والخصي اذا كان عدلا لانه لا مانع لان حاصل امره
مظلوم نعم لو كان ارتضاه لنفسه وفعله مختارا منع وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدامة

ابن مظعون رواه ابن ابي شيبة بسنده ورواه ابو نعيم في الحلية ثنا اسماعيل بن مسلم عن ابي المتوكل
ان الجارود شهد على قدامة انه شرب الخمر فقال عمر هل معك شاهد آخر قال لا قال عمر يا جارود
ما اراك الا مجلودا قال يشرب ختنك الخمر واجلد انا فقال علقمة الخصي لعمر اتجوز شهادة الخصي
قال وما بال الخصي لا تقبل شهادته قال فاني اشهد اني رايته يتقياها فقال عمر ما قاءها حتى شربها
فاقامه ثم جلده واخرجه عبد الرزاق مطولا **قوله** وولد الزنا اي تقبل شهادته في الزنا وغيره
اذ لا تزر وازرة وزر اخرى وعن مالك لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب وشهادة الخنثى المشكل
جايزة اذا شهد مع رجل وامراة فلو شهد مع رجل واحد او امراة واحدة لا تقبل الا اذا زال
الاشكال بظهور ما حكم به بانه رجل او امراة فيعمل بمقتضاه **قوله** وشهادة العمال جايزة والمراد
بعمال السلطان لان العمل بظهور ما يحكم به بانه ليس بفسق لانه معين للخليفة على اقامة الحق وجباية المال
الواجب ولو كان فسقا لم يله ابو هريرة وابو موسى الاشعري لعمر وكثير وهذا احسن مما قيل لو كان فسقا
لم يله ابو بكر وعمر وعثمان لان هولاء خلفاء والعمال في العرف من يوليه الخليفة عملا يكون نايبه فيه
وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ويشتهر عنه الظلم كالحجاج وقيل اراد
ما روي عن ابي يوسف في الفاسق الوجيه وعلمت ما فيه ورده شهادة الزور لقوله للخليفة انا عبدك
تبعد هذه الرواية وقيل اراد بالعمال الذين يعملون ويواجرون انفسهم للعمل لان من الناس من رد
شهادة اهل الصناعة الخسيسة فافرد هذه المسئلة لاظهار مخالفتهم وكيف لا وكسبهم اطيب كسب
وذكر الصدر الشهيد ان شهادة الرئيس لا تقبل وكذا الجابي والصراف الذي يجمع عنده الدراهم
وياخذها طوعا لا تقبل وقدمنا عن البزدوي ان القايم بتوابع هذه النوايب السلطانية والجبايات
بالعدل بين المسلمين ماجور وان كان اصله ظلما فعلى هذا تقبل شهادته والمراد بالرئيس رئيس القرية
وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد ومثله المعرفون في المراكب والعرفا في جميع الاصناف وضمان الجهات
في بلادنا لانهم كلهم اعوان على الظلم **قوله** واذا شهد الرجلان صورتها رجل ادعى انه وصي فلان الميت
فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال او وارثان لذلك الميت او غريمان لهما على الميت دين او للميت عليهما دين
او وصيان فالشهادة جايزة استحسانا والقياس ان لا تجوز لان شهادة هولاء تتضمن جلب نفع للشاهد
اما الوارثان فلقصدهما نصب من يتصرف لهما ويرعهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان
والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان لتعينهما
في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل وجه الاستحسان انا لم نوجب بهذه
الشهادة على القاضي شيا لم يكن واجبا عليه بل انما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شي ويجوز
استعمالها القابلة عن الاثبات كما جاز استعمالها لتطييب القلب في السفر باحدى نسائه ولدفع
التهمة عن القاضي في تعيين الانصبا فكذا هذه الشهادة في هذه الصور لم تثبت شيا وانما
اعتبرناها لفايدة اسقاط تعيين الوصي عن القاضي فان للقاضي اذا ثبت الموت ولا وصي ان ينصب وصيا
وكذا اذا كان للميت وصي وادعى العجز وهذه الصورة من ذلك فان الشهادة لم تثبت شيا وثبت
الموت فللقاضي او عليه ان ينصب وصيا فلما شهدا ولا بوصاية هذا الرجل فقد رضوا واعترفوا
له باهلية الصالحة لذلك فكفى القاضي بذلك مؤونة التفتيش على الصالح وعين هذا الرجل

بتلك

بتلك الولاية لا بولاية اوجبتها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا
بعجز شرعي منهما عن التصرف الا ان يكون هو معهما او بعجز علمه الميت منهما حتى ادخله معهما فينصب القاضي
الاخر وفي الصور كلها ثبوت الموت شرط لان القاضي لا يملك نصب وصي قبل الموت الا في شهادة الغريمين
المديونين فانه لا يشترط في اثبات ذلك الوصي الذي شهدا له ثبوت الموت لانهما مقران على انفسهما
بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررهما في ذلك اكثر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت
جميعا وهذا بخلاف ما لو شهدا ان اباهما الغايب وكل هذا الرجل بقبض دينه وهو يدعي الوكالة
لا تقبل لانه ليس للقاضي ولاية نصب الوكيل عن الغايب فلو اثبت القاضي وكالته لكان مثبتا لها بهذه
الشهادة وهي لا تقبل لتمكن التهمة فيها على ما عرف واذا اختلفت ما ذكر ظهر ان عدم قبول هذه الشهادة
ثابت قياسا واستحسانا اذا اظهر انه لم يثبت بها شي وانما ثبت عندهما نصب القاضي وصيا اخر
وليس هنا موضع غير هذا يصرف اليه القياس والاستحسان ولو اعتبرا في نفس ايصاء القاضي اليه
فالقياس لا يأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا والمنقول عن اصحاب المذهب في الجامع
الصغير ليس الا محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في شاهدين شهدا لرجل ان اباهما اوصى اليه قال جايز
ان ادعى ذلك وان انكر لم تجز شهادتهما وان شهدا ان اباهما وكله بقبض ديونه بالكوفة كان باطلا في
ذلك كله لان القاضي لا يقدر على نصب وكيل عن الغايب فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهي ليست
بموجب **فرع** لا تقبل شهادة الوصي للصبي بعد العزل ولو شهد للورثة الكبار تقبل وان كان
في حال الوصاية **قوله** ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم به قبل قوله ولا يحكم به تكرار
اجيب بجواز ان لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الامرين والمراد الجرح
المجرد عن حق الشرع او العبد فان كان متضمنا احدهما سمعت الشهادة وحكم بها وذلك بان يشهدوا
ان الشهود فسقة او زناة او اكلة الربا او شربة الخمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او انهم رجعوا
عن الشهادة او على اقرارهم انهم اجرا على هذه الشهادة واقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى او اقرارهم
ان لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة ففي هذه الوجوه لا تقبل لثلاثة اوجه اصحها الوجهان
اللذان ذكرهما المصنف احدهما ان الشهادة انما تقبل للحكم فلا بد من كون المشهود به مما يدخل تحت الحكم
والفسق لا يدخل تحت الحكم لان الحكم الزام وليس في وسع القاضي الزام الفسق لاحد لتمكنه من دفعه
في الحال بالتوبة الثاني ان مجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته وهذا لان فيه اشاعة
الفاحشة وهو متوعد عليه قال تعالى ان الذين يحبون الفاحشة في الذين امنوا لهم عذاب اليم
فان قيل ليس المقصود اشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه اجيب بان دفعه ليس
بمنحصر في افادة القاضي على وجه الاشاعة بان يشهد في مجلس القضا المشتمل على ملا من الناس
اذ يندفع بان يخبر القاضي سرا فتفرع على هذا الصور التي ذكرناها ومنها ما لو اقام رجل المدعي
المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لهذا الاداء لانه على جرح مجرد فان قيل الاستيجار امر
زايد على مجرد الجرح اجاب المصنف عنه بقوله والاستيجار وان كان امرا زايدا فلا خصم في اثباته
لان المدعى عليه ليس نايبا عن المدعي في اثبات حقه هذا بل اجنبي عنه واورد انه ينبغي ان تقبل
هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الفسق من وجه اخر وهو ان يجعلوا مزكين لشهود المدعي

ان تشيع

يخبرون بالواضح من الجرح فيعارض تعديلهم واذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح اجيب بان المعدل
في زماننا يخبر القاضي سرا تفاديا من اشاعة الفاحشة والتعادي واما الرجوع عن الشهادة فلانه
لا يسمع الا عند القاضي وقول الشاهد لا شهادة عندي لشك وظن عراه بعد ما مضت فلا تقبل
الشهادة فاما لو كان الجرح غير مجرد بل تضمن اثبات حق للعبد او لله سبحانه بان يشهد وا ان المدعي
استاجرهم بعشرة واعطاهم وهاله من ماله الذي كان في يده او اني صالحتهم على كذا ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا
على هذا وقد شهدوا وانا اطالبهم بهذا المال الذي وصل اليهم تقبل بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا
الى اخره لكن لم ادفع اليهم المال لا تقبل لانه جرح مجرد وكذا اذا شهدوا ان الشاهد عبد او محدود
في قذف او شرب الخمر او سرق مني او زنى او شريك المدعي فيما ادعى به من المال او شهدوا على اقرارهم
بانهم لم يحضروا ذلك المجلس الذي كان فيه هذا الامر او على اقرارهم المدعي انهم فسقة ونحو ذلك
من اقراره بما يبطل شهادتهم كاقرار المدعي انه استاجرهم تقبل في ذلك كله لان منه ما تضمن حقا
للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح ومنه الشهادة برقهم فان الرق حق العبد
ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم او غير حد كالشهادة
بانهم محدودون فانهم قامت على اثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع ومنه ما هو مبطل
لشهادتهم ولم يتضمن اشاعة فاحشة فيقبل ومنه شهادتهم انهم شركاء المشهود له اذ ليس في
اظهار الفاحشة فيقبل فيصير الشركة كالمعاينة والمراد انه شريك مفاوض فيما حصل من هذا
الباطل يكون له فيه منفعة لا ان يراد انه شريكه في المدعى به والا كان اقرارا بان المدعى به لهما
وكذا كل ما يشهدون به على اقرار المدعي بما ينسبه الى الشهود من فسقهم ونحوه ليس فيه اشاعة منهم
بل اخبار عن اخبار المدعي عنهم بذلك فيصح كالوسع منه ذلك وذلك منه اعتراف ببطلان حقه والانسان
مواخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الاشاعة في شهادتهم انهم محدودون بما هي منسوبة الى قضاء القاضي
او شهادة القذف هذا وقد نص الخصاف في الجرح المجرد انه تقبل الشهادة به فقيل في وجهه
انه يسقط العدالة فيقبل كالرق وانت سمعت الفرق واول جماعة قول الخصاف بحمله على شهادتهم
على اقرار المدعي بذلك او انه يجعل كشاهد زكاه نفر وجرحه نفر فيقدم في هذا ما يمنعه ثم
قد وقع في بعض صور عدم القبول ان شهدوا بانهم فسقة او زناة او شربة خمر وفي صور القبول
ان يشهدوا بانه شرب او زنى لانه ليس جرحا مجردا لتضمنه دعوى حق الله تعالى وهو الحد
ويحتاج الى جمع وتاويل **قوله** ومن شهد ولم يبرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي اي اخطات
لنسيان عرانى بزيادة باطلة بان كان شهد بالف فقال انما هي خمسمائة او بنقص بان شهد بخمسمائة
فقال اوهمت انما هي الف جازت شهادته اذا كان عدلا اي ثابت العدالة عند القاضي او لا فسال
عنه فعدل ووجهه ان الشاهد قد يبتلى به لمهابة مجلس القضاء اذا طبع البشر النسيان وعدالته
مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك بخلاف ما اذا غاب ثم رجع فقال ذلك لتمكن تهمة استغواء
المدعي في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل وعلى هذا اذا غلط في بعض الحدود
بان ذكر الشرقي في مكان الغربي ونحوه او في بعض النسب بان قال محمد بن علي بن عمران فتداركه في المجلس قبل
ولعل لا واذا اجازت فلم ترد فيما اذا يقضي قيل بجميع ما شهد به لان ما شهد صار حقا للمدعي

على المدعي عليه فلا يبطل حقه بقوله اوهمت ولا بد من قيده بان يكون المدعي يدعي الزيادة فانه لو
شهد له بالف وقال بل الف وخمسمائة لا يدفع الا ان ادعى الالف وخمسمائة وصورة الزيادة
على تقدير الدعوى ان يدعي الفا وخمسمائة فيشهد بالف ثم يقول اوهمت انما هو الف وخمسمائة لا
ترد شهادته ويقضي بالف او بالف وخمسمائة وقيل يقضي بالكل وقيل بما بقي فقط وهو الالف حتى
لو شهد بالف ثم قال غلطت بخمسمائة زيادة وانما هو خمسمائة يقضي بخمسمائة فقط لان ما حدث
بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة وهو لو شهد بخمسمائة لم يقض بالف فكذا
اذا غلط واليه مال شمس الائمة السرخسي فعلى هذا في جواب المسئلة جازت شهادته اي لا ترد لكن
لا يقضي الا بما قلنا سواء كان ونحو ذلك قبل القضاء او بعده **روى** الحسن عن ابي حنيفة اذا شهد
شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متهمين قبل
منهما وظاهر هذا انه يقضي بالكل وعن ابي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت
في كذا وكذا فان كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي وان لم يعرفه بالصلاح فهذه
تهمة وعن محمد اذا شهدوا بالدار للمدعي وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندري لمن البناء
فاني لا اضمنهم قيمة البناء كما لو قالوا شككنا في شهادتنا وان قالوا ليس البناء للمدعي ضمنوا قيمة البناء
للمشهود عليه فعلم بهذا ان الشهود لا يختلف الحكم في قولهم شككنا قبل القضاء وبعده في انه يقبل
اذا كانوا عدولا ولا خلاف ما اذا لم يكن موضع شبهة وهو ما اذا ترك لفظة الشهادة او الاشارة
الى المدعى عليه والمدعي او اسم احدهما فانه وان جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لان القضاء لا
يتصور بلا شرطه وهو لفظ الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء **فروع من**
الخلاصة وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه فغصب فشهد رجال من اهل القرية انه وقف
فلان على مكتب كذا وليس للشهود اولاد في المكتب قبلت فان كان لهم اولاد فيه فالاصح انه يجوز ايضا
وكذا لو شهد اهل المحلة للمسجد بشيء وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من
اهلها تقبل وكذا اذا شهدوا ان هذا المصحف وقف على هذا المسجد ولو شهدوا انه اوصى
لفقراء جيرانه وللشهود اولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد لا تقبل للابن وتقبل للباقين
وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك وفي وقف هلال قال تقبل شهادة الجيران على الوقف وكذا
ذكر الخصاف في اوقافه فيمن شهد على انه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه او على فقراء المسلمين
وهم فقراء الجيران قال تجوز الشهادة لان فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين الا ترى انما ينظر الى
فقراء المجاورين يوم تقسم الغلة فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق الا ترى ان رجلين فقيرين
من اهل الكوفة لو شهدا انه جعل ارضه صدقة موقوفة على فقراء اهل الكوفة ان الشهادة جائزة
فان الوقف ليس لهما باعيانهما خاصة الا ترى ان ولي الوقف لو اعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة
كان جائزا وكذلك كل شهادة تكون خاصة وانما هي عامة مثل اهل بغداد واهل البصرة ونحو ذلك
ان الشهادة جائزة فاما الوقف ليس لهما وذكر قبل هذا اسطرا ان شهدا انه جعلها صدقة موقوفة
على جيرانه وهما جيرانه ان شهادتهما باطلة وكان الفرق تعيينهما في هذه الصورة اذ لا جيران له
سواهما علاف تلك الصورة ولو شهد وا انه اوصى بثلثه للفقراء واهل بيته فقراء لا تقبل ولو شهد

بعض اهل القرية على بعض اهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل وان كان لخراج كل ارض معينا او لا
خراج للشاهد تقبل وكذا اهل قرية شهدوا على ضيعة انها من قريتهم لا تقبل وكذا اهل سكة يشهدون
بشيء من مصالح السكة ان كانت السكة غير نافذة لا تقبل وفي النافذة ان طلب حقا لنفسه لا تقبل
وان قال لا اخذ شيئا تقبل وكذا في وقف المدرسة هكذا في فتاوى النسفي فقيل ان كانت السكة
نافذة تقبل مطلقا وفي الاجناس في الشهادة على الوصية للفقراء واهل بيت الشاهد فقراء لا تقبل
لها ولا لغيرهما ولو شهدوا انه اوصى بثلثه لفقراء بني تميم وهما من بني تميم وهما فقيران الشهادة جائزة
ولا يعطيان منه شيئا ومنه لو شهدا انه جعل ارضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما غنيان يوم شهدا
او فقيران لم تجز شهادتهما ووضع هذه الخصاف فيما اذا شهدا انه جعلها صدقة موقوفة على اهل
بيته وهما من اهل بيته فهي باطلة وكذا اذا شهدوا على فقراء اهل بيته ومن بعدهم على المساكين
ويوم شهدا هما غنيان فان شهادتهما باطلة لانهما ان افتقرا يجب الوقف لهما بشهادتهما وكل شهادة
تجر نفعا للشاهد او لابويه او لاولاده او لزوجته لا تجوز والله الموفق

باب الاختلاف في الشهادة

الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة
ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع اما عن رؤية كما في الغصب والقتل او سماع باقرار وغيره والشاهدان
مستويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا اخره عما لم يذكر فيه خلاف قوله الشهادة
اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة
لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجدت الدعوى فيما يوافقها اي يوافق الشهادة
فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم توافقها صارت الدعوى بشيء اخر وشرط
القبول الدعوى بما به الشهادة واعلم انه ليس المراد الموافقة المطابقة بل اما المطابقة او كون المشهود
به اقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان اكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امراة بسبب انه تزوجها بمهر كذا فشهدوا
انها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضي بمهر المثل ان كان قدر ما سماه او اقل فان زاد عليه لا يقضي
بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر انه انما يستقيم اذا كانت هي المدعية ومنه اذا
ادعى ملكا مطلقا او بالنتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا لان
الملك بسبب اقل من المطلق لانه يفيدها الاولية بخلافه بسبب يفيد الحدوث والمطلق اقل من النتاج
لان المطلق يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا
بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا يقبل الا اذا كان السبب
الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه
الى معروف سماه ونسبه اما لو جهله فقال اشتريته او قال من رجل او زيد وهو غير معروف فشهدوا
بالمطلق قبلت فهي خلافية ذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وعن هذا اختلفوا فيما اذا تحمل الشهادة
على ملك بسبب واراد ان يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا
يحل له قلت كيف وفيه ايضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب ولو ادعى الشراء مع
القبض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت في الخلاصة تقبل

وحكي

وحكى في فصول العمادي خلافا قيل تقبل لان دعوى الشرا مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا
يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد وقيل لا لان دعوى العين وكذا في شرح الحيل للحلواني
فلو ادعى العين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا قال شمس الائمة محمود الاوزجندي
لا تقبل قال في المحيط في الاقضية مسئلتان تدلان على القبول وعندي الوجه القبول لان اولية
الدين لا معنى له بخلاف العين وفي فتاوى رشيد الدين لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب
ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لانهم لما شهدوا بسبب حمل الدعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق
ولو شهدوا اولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لانه بعض ما شهدوا به اولا ولو ادعى
المطلق فشهد احدهما به والاخر مع السبب تقبل ويقضي بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به وكل
ما كان بسبب عقد او شرا او هبة فهو ملك حادث ولو ادعى بسبب فشهد احدهما به والاخر مطلقا
لا تقبل كما اذا شهدوا جميعا بالمطلق وان ذا اليد قبضه بغير حق ودعوى الملك بسبب الارث كدعوى
الملك المطلق واذا ارخ احد الشاهدين دون الاخر تقبل في دعوى غير المؤرخ الا في دعوى الملك لو
ولو ادعى الشرا بسبب ارخه فشهدوا له بلا تاريخ تقبل لانه اقل وعلى القلب لا تقبل ولو كان للشرا شهرا
فارخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ومن الزيادة والنقص ما تضمنه هذه الفروع التي نذكرها دار في
يد رجلين اقتسماها وغاب احدهما فادعى رجل على الحاضر ان له نصف هذه الدار مشاعا فشهدا
ان له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لانها باكثر من المدعى به ادعى دارا واستثنى طريق الدخول
وحقوقها ومرافقها فشهدوا انها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه الا
اذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل وفي المحيط نقلا من الاقضية وادب القاضي للخصاف
اذا ادعى الملك للحال اي في العين فشهدوا ان هذا العين كان قد ملكه تقبل لانها اثبتت الملك في
الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل قال رشيد الدين بعد ما ذكرها لا يجوز للقاضي ان يقول
امروز ملك وي ميدانيت انتهى ومعنى هذا لا يحل للقاضي ان يقول تعلمون انه ملكه اليوم نعم
ينبغي للقاضي ان يقول هل تعلمون انه خرج من ملكه فقط ذكره في المحيط قال العمادي فعلى هذا اذا
ادعى الدين فشهدا انه كان له عليه كذا ينبغي ان تقبل كما في العين ومثله ما اذا ادعى انها زوجته فشهدوا
انه كان تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل هذا كله اذا شهدوا بالملك في الماضي اما لو شهدوا باليد له
في الماضي لا يقضي به في ظاهر الرواية وان كانت اليد تسوغ الشهادة في الملك على ما اسلفناه وعن ابي يوسف
يقضي بها وخرج العمادي على هذا ما في الواقعات لو اقر بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند
الشاهد انه قضى دينه ان شاهدي الاقرار يشهدان انه كان له عليه دين ولا يشهدان ان له عليه فكان
هذا ايضا دليل على انه اذا ادعى الدين وشهدوا انه كان له عليه تقبل وهذا غلط فانه انما عرض للفرع
له ان يشهد به لا للقبول وعدمه بل ربما يوخذ من منعه من احدى العبارتين دون الاخرى ثبوت
القبول في احدهما دون الاخرى كيف وقد ثبت ان بشهادة العدلين عند الشاهدين انه قضاه لا
يشهدان حتى يخبر القاضي بذلك وان القاضي حينئذ لا يقضي بشيء وسياتي من مسائل الكتاب اذا علم شاهد
الالف انه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقبضها والله سبحانه اعلم وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي ان
هذه الجارية كانت ملكي فشهدوا انها له اختلف في قبولها والاصح انها لا تقبل وانما لم تقبل اذا شهدوا على

رخ
ولو ارخ المطلق بان قال غصب العين ... فشهدوا الاولى مستحقين ... لا تقبل وعلى القلب تقبل

طبق دعواه هذه انها كانت له لان اسناد المدعي دليل على نفي ملكه في الحال اذ لا فايدة في الاقتصار على الماضي الا ذلك فلم يكن ما شهد وا به مدعي به بخلاف الشاهد اذا اسند ذلك لا يدل على نفيهما اياه في الحال لجواز قصدهما الى الاحتراس عن الاخبار بما لا علم لهما به اذ لم يعلما سوي ثبوته في الماضي وقد يكونا نقل فتحرس عنه وان كان يثبت للحال بالاستصحاب وفي الخلاصة ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدوا على النقرة والوزن ولم يذكرا جيدة او ردية او وسطا تقبل ويقضي بالردي بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخاله او منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل وفيها ان ادعى على رجل الفا من ثمن بيت فشهدوا على الف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما اذا شهدا بالف من ثمن جارية باعها منه فقال البايع انه اشهدهما عليه بذلك والذي لي عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة هو محمول على انهما شهدا على اقراره بذلك اي اقرار المدعى عليه بثمن الجارية لان مثله في الاقرار تقبل لما سياتي وفي الكفالة اذا شهدوا انه كفل بالف عن فلان فقال الطالب هو اقر بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له ان ياخذه بالمال لانهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب ومثله ادعى انه اجر دارا وقبض مال الاجارة ومات فانفسخت الاجارة وطلب مال الاجارة فشهدوا ان الآجر اقر بقبض مال الاجارة تقبل وان لم يشهدوا على عقد الاجارة لانهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الاجارة ولو ادعى الدين او القرض فشهدوا على اقراره بالمال تقبل ولو شهد احدهما به والآخر بالاقرار فقد اطلق القبول في المحيط والعمدة وقال قاضي خان قالوا تقبل عند ابي يوسف ولو ادعى قرضها فشهدوا ان المدعي دفع اليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشرا واذا ثبت القبض بذلك يكون القول لذي اليد انه قبض بجهة الامانة فيحتاج الى بينة على انه بجهة القرض ان ادعاه ولو ادعى انه قضاه دينه فشهد احدهما به والآخر باقراره انه قبضه لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا انه اشتراها وكيله لا تقبل وكذا لو شهدا ان فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه اجاز البيع ادعى انك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا انه قبض من فلان غير المدعي تقبل ويجبر على احضاره لانه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير اليه بالدعوى فاذا اختلفا من وجه شرط القبول في شهادة احدهما فقط وهو ما طابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضي وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله سبحانه وتعالى فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل احد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قايما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين الى آخره اي يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى ايضا لوجوب القضاء ثم الشرط في تطابق الشهادتين عند ابي حنيفة في اللفظ والمعنى والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على افادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ او بمرادفه حتى لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت لا تطابق التضمن فلو شهد احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل فلم يقض بشيء عند ابي حنيفة وعندهما تقبل على الالف

اذا كان المدعي يدعي الالفين بخلاف ما لو كان يدعي الالف لا يقضي بشيء اتفاقا لانه اكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان عليه الفان فقضاني الفا وابراته من الف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضي له بالالف وعلى هذا لو شهد احدهما بماية والآخر بمايتين او بطلقة وطلقتين او طلقة وثلث لا يقضي بطلاق اصلا عنده وعندهما يقضي بالاقل وعلى هذا الخمسة والعشرة والخمسة عشر والدرهم والدرهمان وهذا في دعوى الدين اما في دعوى العين بان كان في كيس الف درهم فشهد احدهما ان جميع ما في الكيس له وهو الف درهم والآخر ان نصف ما فيه له وهو الف قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازي وبقولهما قال الشافعي واحمد في رواية عن الشافعي واحمد يستحق الزايد بالحلف عليه لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسماية حيث اتفقنا على انه يقضي بالالف لذلك وهو انهما اجتمعا على الشهادة بها ولابي حنيفة رحمه الله انهما اختلفا في لفظ غير مرادف لان الالف لا يعبر به عن الالفين ويلزمه اختلاف المعنى فانهما اي الالف والالفان جملتان عددينان متباينتان حصل على كل واحدة منهما شاهد وصار كما اذا اختلف جنس المال بان شهد احدهما بكر شعير والآخر بكر حنطة او ماية بيض والآخر بماية سود والمدعي يدعي السود لا تقبل على شيء اصلا لان المدعي اكذب شاهد البيض الا ان يوافق المدعي فيقول كان لي البيض فابراته من صفة الجودة فتقبل حينئذ اما لو كان يدعي البيض ولهما مزية فانه يقضي بالسود ولم يحكوا خلافا ذكره في الخلاصة من الاقضية وكذا لو شهد المدعي كر حنطة وقال احدهما جيدة والآخر ردية والدعوى بالافضل يقضي بالاقل وكذا لو ادعى ماية دينار فقال احدهما نيسابورية والآخر بخارية والمدعي يدعي النيسابورية وهي اجود يقضي بالبخارية بلا اختلاف ينقل ويحتاج الى الفرق على قول ابي حنيفة وهو انهما اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسماية فان قيل لم يقع جواب قولهما الشاهد بالالفين شاهد بالالف في ضمنها فاجتمعا عليها وتفرد احدهما بالزيادة فلا تقبل اجيب بانه ما شهد بها الا من حيث هي جزء الالفين فانما تثبت الالف في ضمن ثبوت الالفين لان المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الالفان فلم تثبت الالف فان قيل تشكل على قوله ما لو ادعى الفين فشهدا بالف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى وهي شرط وعلى قول الكل ما لو شهد احدهما انه قال لها انت خلية والآخر انت برية لا يقضي ببينونة اصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم ان اختلاف اللفظ وحده غير ضاير كما لو شهد احدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل اجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين الا ترى انه لو ادعى الغصب او القتل فشهدوا على اقراره به تقبل ولو شهد احدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعي الفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فتقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هي الفان ولم تثبت الالفان **وفي** المبسوط والاسرار الذي يبطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة يعني قبل الدخول وآخران بثلث وفرق القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلثة لا على شاهدي الواحدة ولو اعتبر ما قالا

ان الواحدة توجد في الثلث كان الضمان عليهما جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلثا فطلقت
واحدة تقع الواحدة لان التفويض تمليك فقد ملكها ثلثا بالتفويض لها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما
شاء كما لو طلقها الفا يقع الثلاث لملكه العدد غير انه لغا ما فوق الثلث شرعا واما عن الثاني فبمنع الترادف
لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل
بحقايقها فهما لفظان متباينان غير ان المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة
والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان
دليل اختلاف تحملهما فان هذا يقول انما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والاخر لم يقع الا بوصفها
برية والا فلم تقع البينونة وهذا كله اذا لم يدع المدعي عقدا اما ان ادعى المال في ضمن دعوى
العقد من البيع والاجارة **فالجواب** ما استعمله في اخر الباب واعلم ان من المسايل المذكورة في اوقاف
الخصاف مما يجانب لاصل ابي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل اشار الى انها اتفاقيه فانه ذكر فيما اذا
شهد احدهما انه جعلها صدقة موقوفة ابدا على ان لزيد ثلث غلتها وشهد اخران لزيد نصفها قال له جعل
لزيد ثلث غلتها الذي اجمعا عليه والباقي للمساكين وكذا اذا سمى احدهما ما لا لزيد من هذه الصدقة
والاخر اقل منه احكم لزيد بما اجمعا عليه وكذا اذا شهد احدهما انه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف
في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الاخر يعطى الفا قال اقدر نفقته وعياله فان
فان كانت اكثر من الالف حكمت له بالالف او الالف اكثر اعطيته نفقته والباقي للمساكين هذا بعد
ان ادخل الكسوة في النفقة ثم اورد على نفسه فقال قلت فلم اجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظها
قال المعنى فيه انه انما اراد الواقف الى ان لزيد بعض هذه الغلة فاجعل له الاقل انتهى فايراده هذا
السؤال هو الذي ذكرت انه اشار الى انها اتفاقيه فان ايراده ليس الا باعتبار قول ابي حنيفة رحمه الله
قوله وقد اختلف لفظها صح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس ان الشهادة باطلة انتهى
وحاصله انا علمنا استحقاقه بعض هذا المال وتردد ما بين اقل واكثر فيثبت المتيقن **فروع**
ادعى بالمبيع عيبا فشهد احدهما انه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الاخر على اقرار البايع به لا تقبل
كما لو ادعى عينا انه له فشهد احدهما انه ملكه والاخر على اقرار ذي اليد انه ملكه لا تقبل ومثله دعوى
الرهن فشهد بمعاينة القبض به والاخر على اقرار الراهن بقبضه لا تقبل قال ظهير الدين رحمه الله الرهن
في هذا كالغصب وكذا الوديعة لو ادعاها فشهدا باقرار المودع قبلت ولو شهد احدهما بها والاخر
بالاقرار بها لا تقبل على قياس الغصب وعلى قياس القرض تقبل بخلاف ما لو ادعى انه باع بيع الوفا فشهد انه
باع بشرط الوفا والاخر ان المشتري اقر بذلك تقبل للموافقة لان لفظ حكمهما واحد وهو السقوط
وقيل لا للاختلاف لان الابرا اسقاط والهبة تمليك والاول اوجه لانه وان كان اسقاطا يتضمن التمليك
ولهذا يرتد بالرد ولو شهد على اقرار المدعى عليه ان المدعى به في يده والاخر انه في يده لا تقبل وفي المحيط
ادعى دارا فشهدا انها داره والاخر على اقرار ذي اليد انها له لا تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين
والاخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما لو شهد احدهما على الدين والاخر على الاقرار به تقبل بخلاف ما
لو شهد انها جاريته والاخر على اقراره بها لا تقبل وبخلاف ما اذا شهد انها جاريته والاخر انها كانت
له تقبل بخلاف ما اذا شهد الاخر انها كانت في يده واذا رجعت القاعدة التي نذكرها من الفرق بين اختلاف

الشاهدين على القول والفعل خرجت كثير من الفروع والله سبحانه العليم **قوله** وان شهد احدهما بالف
والاخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف بالاتفاق وعندهما
ظاهر وعنده لانهما اتفقا على الالف لفظا ومعنى وانفرد احدهما بالشهادة بجملة اخرى منصوص
على خصوص كميتها لا يقدح في الشهادة بالالف كما لو شهد احدهما بالف درهم ومائة دينار ويؤيدهما
ولو كان انما يدعي الالف وسكت على التوفيق لم يقض بشيء لانه اكذاب لشاهد الالف والخمسمائة ظاهرا
لان السكوت في موضع البيان بيان الا ان وفق فقال كان حقي الفا وخمسمائة فقضاني او ابرأته من خمسمائة
على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ولا يكفي احتمال التوفيق في الاصح بخلاف ما اذا قال
ما كان لي الا الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضى بشيء **قوله** واذا شهدا بالف وقال
احدهما قضاه منها خمسمائة قضي بالالف لقبول شهادتهما عليها ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة
فرد بسقوط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل الا ان يشهد معه اخر وعن ابي يوسف في غير المشهور عنه
انه يقضي بخمسمائة فقط لان شاهد القضا مضمون شهادته ان الدين ليس الا خمسمائة وجوابه ما قلنا
يعني قوله لاتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل
بخلاف ما لو شهدا بالف وقال احدهما انه قضاه اياها بعد قرضه فانه يقضي بالكل على قول الكل وعن
ابي يوسف لا تقبل شهادة شاهد القضا وذكروا قول زفر كقول ابي يوسف في هذه الرواية لانه اكذاب
من المدعي فهو كالفسقه **وجه** الظاهر ما قدمنا من انهما اتفقا وتفرد احدهما الى اخره ولا يلزم من
الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له قال القدوري وينبغي للشاهد اذا علم بذلك اي بقضا خمس
مائة ان لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وقلت
انه يقضى فيها بالالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة فيثبت اختلافهما اذا شهد احدهما بالف
والاخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة اصلا على قول ابي حنيفة فيضيع حق المدعي فالوجه ان لا يشهد
الذي عرف القضا حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ويشهد بخمسمائة والمراد
هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع ابي الليث ومن هذا النوع رجل اقر عند قوم لفلان عليه
كذا ثم بعد مدة جاء رجلان او اكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كان الشهود
بالخيار ان شاؤوا امتنعوا عن الشهادة وان شاؤوا اخبروا الحاكم بشهادة الذين اخبروهم بالقضا فان كان
المخبرون عدولا لا يقضي القاضي بالمال هذا قول الفقيه ابي جعفر وابي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم
واحد لا يسعهم ان يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل او نكاحه او قتله فلما ارادوا الشهادة
شهد عندهم بطلاق الزوج ثلثا او قالا عاينا امراة ارضعتهما او اعتق العبد قبل ان يبيعه او عفى
عنه الولي ان كان واحدا شهدوا او اثنان لا يسعهم ان يشهدوا وكذا لو راى عينا في يد رجل يتصرف
فيها تصرف الملاك فاراد ان يشهد بالملك له فاخبره عدلان ان الملك للثاني لا يجوز ان يشهد بالملك
للاول ولو اخبره انه باعه من ذي اليد له ان يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما هذا وانما نص على
مسئلة الجامع بعد مسئلة القدوري لانه قد يتوهم ان تفريعها عليها على رواية ابي يوسف فذكرها
للاعلام بالفرق **وقيل** لانه قد كان لقائل ان يقول في مسئلة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضا
على وجوب المال لتناقضهما لان في المسئلة الاولى للشاهدين يقول انا تحملنا الشهادة واحتاج الى الخروج

وبه قضاه خمسمائة ولكني اشهد كما اشهدت عليه وبهو الف فاذا اظهرت شهادته مع الاخر بها قضى له
بالالف اما في مسئلة الجامع فالشاهد بذكر ان الشهادة سقطت عنه وليس على ادائها فشهادتي باطلة
فلا يقضي بالالف ورواية الجامع الصغير ازالت هذه الشبهة واثبتت جواز الشهادة واستروح في النهاية
فقال التفاوت بين مسئلة الجامع والمسئلة قبلها ان في مسئلة الجامع احد الشاهدين شهد بقضاء
المديون كل الدين وفي التي قبلها شهد ببعض قضاء الدين **قوله** واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم
النحر بمكة واخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقض بواحدة منهما فلو لم يجتمعوا
بل شهدا انه قتله بمكة فقضى بها ثم شهد الاخران انه بالكوفة فانه يقتل المشهود عليه اما الاول فلكذب
احدهما بيقين ولا اولوية بلا قبول واما الثاني فللاولوية باتصال القضاء الصحيح بها فانه حين قضا
بالاول ولا معارض لها اذ ذاك فنفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعا بحدوث معارض
كمن له ثوبان في احدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرى وصلى في احدهما ثم وقع ظنه على طهارة الاخر
لا يصلي فيه ولا تبطل صلوته في الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا
يؤثر التحري الثاني في رفعه وكذا الاختلاف في الالة قال احدهما قتله بسيف وقال الاخر بيده
لا تقبل وكذا ان شهد بالفعل والاخر بالاقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لان القتول غير الفعل
الذي هو نفس القتل ولم يتم على احدهما نصاب وكذا الضرب الواقع امس في تلك الالة ليس
عين الضرب الواقع اليوم وبالاخرى حقيقة ولا حكما لانه لا يمكن جعل الفعل الثاني اخبارا عن الاول
ليتحد الفعل نفسه وكل ما هو من باب الفعل كالشج والجناية مطلقا والغصب او من باب القول المشروط في
صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود فاختلافهما في الزمان او المكان او الانشا والاقرار
يمنع القبول لما ذكرنا والمراد بالانشا والاقرار به مثاله ما لو ادعى الغصب فشهد احدهما به والاخر
بالاقرار لا تقبل ولو شهدا جميعا بالاقرار به قبلت بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما من باب القول
كالبيع والشرا والطلاق والعتاق والوكالة والوصية والرهن والاقرار والقرض والبراءة
والكفالة والحوالة والقذف لا يمنع القبول فان القول مما يتكرر بصيغة واحدة انشا واخبارا
وبهو في القرض يحمله على قول المقرض اقرضتك ولذا تقبل في الرهن والهبة والصدقة والشرا
وان كانا يشهدان بمعاينة القبض لان القبض لان القبض يكون غير مرة وفي المحيط ادعى عينا
في يد رجل انها ملكه وان صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقا لا تقبل
لان شهادتهم على القبض بلا تاريخ محمول على الحال والمدعي يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي
غيره في الحال كما لو ادعى القتل من شهر فشهدوا به في الحال وكذا لو ادعى القبض مطلقا وشهدوا
به من شهر لانه ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل الا اذا وفق وقال اردت
من المطلق القبض من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لما ان المطلق اكثر واقوى
من المؤرخ فقد شهدوا باقل مما ادعى به فيقبل انتهى فقد ظهر ان من الفعل القبض ومن الفروع على الاصل
المذكور ادعى الشرا اول من امس فشهدوا به امس تقبل لانه قول ولو ادعى النكاح اول من امس فشهدوا
امس لا تقبل لانه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب هذا كله مذهبنا وقال الشافعي واحمد في ظاهر روايته
اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل الا اذا شهد انه طلقها يوم الخميس وقال الاخر انه طلقها

يوم الجمعة واذا شهد على اقرار الراهن والواهب والمتصدق بالقبض جازت ولو ادعى البيع وشهد
على اقرار البائع به واختلفا في الزمان والمكان قبلت وكذا لو شهد احدهما بالبيع او الشرا والاخر على الاقرار
به تقبل لان لفظهما سواء في الاقرار والانشا فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن القاضي
الصغري لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت والمكان فسالهما القاضي فقالا لا نعلم ذلك تقبل لانهما لم
يكلفا حفظ ذلك **قوله** واذا شهدا الى اخره صورتها ادعى على رجل انه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا
واقام بينة فشهد واحد بسرقته حمراء والاخر سوداء قال ابو حنيفة تقبل ويقطع وقال الامام والائمة
الثلثة لا يقطع ولو ان المسروق منه عين لونا كحمراء فقال احدهما سوداء لم يقطع اجماعا لانه كذب احد
شاهديه ولا فرق فيما اذا لم يعين المدعي لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسواد والحمرة
او متباعدين كالبياض والسواد في ثبوت الخلاف وقيل في المتباعدين لا تقبل اتفاقا على عدم القبول والاصح
الاول ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب
مطلقا فقال احدهما هروي والاخر مروي ولو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا في
الفرق بين السرقة والغصب بتعليل تامل لهما انهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصاب شهادة
وصار كما لو اختلفا في ذكورتها وانوثتها او في قيمتها لا تقبل كذا هذا وايضا بطريق الدلالة في الغصب
فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال احدهما سوداء وحمراء والاخر بيضاء لم تقبل مع انه لا يتضمن قبولها
اثبات حد فلان لا تقبل فيما يوجب حدا اولى لان الحد اعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وانما
تزيد من انه لا يثبت باقل من اربعة فليس مما فيه الكلام من السرقة بل يخص الزنى ولابي حنيفة ان مجرد شهادتهما
بسرقة بقرة وهو المدعى به بلا ذكر المدعي لونا خاصا يثبت الحد ولم يقع فيه اختلاف
بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به وهذا لانهما لم يكلفا علم لونها فانهما لو قالا لا نعلم لونها لا تسقط
شهادتهما ويجب الحد واختلافهما في امر زايد لا يلزمهما مما ليس مدعى به لا يبطل الحد كما لو اختلفا
في ثياب السارق فقال احدهما سرقها وعليه ثوب احمر وقال الاخر ابيض فانه تقطع وكما لو اختلفا
في مكان الزنا من البيت فقال احدهما في هذه الزاوية وقال الاخر في تلك فانه يحد وعلى هذا فلا
حاجة في قبولها الى التوفيق كما فهمه العلامة السرخسي غير انا شرعنا بالتوفيق بما ذكر من ان السرقة تكون غالبا
ليلا ونظر الشاهد اليه من بعيد وذلك سبب اشتباه اللون اذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد
يجتمعان وان كانا متباعدين في البلقا فيرى كل لونا غير الاخر فيحمل اختلافهما على احد الامرين فعلى الاول
او الثاني اذا اختلفا في المتقاربين وعلى الثاني فقط في المتباعدين بخلاف الغصب فانه يقع نهارا فلا
اشتباه وبخلاف الذكورة والقيمة لانهما مكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيظهر ان المسروق بلغ
نصابا اولا ولان ذكره الذكورة دليل انه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشتبه عليه الحال ولا يتم
ذلك التوفيق في الاختلاف وان كان في زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر ان هذا التوفيق ليس لاحتياط
لاثباته ولان وجه قولهما ادق واخوف من قوله كما ظنه صاحب الاسرار وما قيل ان التوفيق لاثبات
الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ انما يصح مع وجوبه مطلقا
بل اذا لم يستلزم وجوب حد **قوله** ومن شهد لرجل الى اخره صورتها على ما في الجامع في رجل ادعى
على رجل انه باعه هذا العبد بالف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بالف وشاهدا

بالف وخمسمايه قال يعني اباحنيفة هكذا باطل الى اخر ما هناك فقد يظن ان هذا يناقض ما تقدم من
ان الشاهدين اذا اختلفا فشهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمايه والمدعي يدعي الفا وخمسمايه
قضي بالالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا تقبل في شي ولو كان المدعي يدعي الفا وخمسمايه فلا بد من
بيانه وهو ان ذلك فيما اذا ادعى دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد الا ترى الى قوله في الجامع
فنكر البايع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب واذا كان المدعى به البيع فالبيع يختلف
باختلاف الثمن لان الثمن من اركانه والمركب الذي بعض اجزايه مقدار خاص غير مثله بمقدار اكثر منه ولم
يتم على احدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع اصلا ولان المدعي يكذب احد شاهديه وهو الشاهد
بالالف وكذا اذا كان المدعي هو البايع بان ادعى انه باعه بالف وخمسمايه فانكر المشتري الشرا فاقام
الشاهدين كذلك ولا فرق ان يدعي المدعي منهما اكثر المالين او اقلهما لما بينا من اختلافهما في المشهود به
والتكذيب من المدعي وفي الفوايد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندي تقبل لان الشرا الواحد
يكون بالف ثم يصير بالف وخمسمايه بان يزاد في الثمن فقد اتفقا على الشرا الواحد بخلاف ما لو قال احدهما
اشترى بالف والاخر بماية دينار لان الشرا الذي يكون بالف ثم يكون بماية دينار وقال بعض المحققين من
الشارحين فيه نوع تامل والله اعلم لو جاز لزم القضا ببيع بلا ثمن اذ لم يثبت احد الثمنين بشهادتهما
ثم لا يفيد لانه يعود الخصومة كما كانت في الالف والخمسمايه المدعي بها وانما كان السبب وسيلة الى
اثباتها ومن هذا النوع ثمانية مسايل ذكرها المصنف هذه والثانية الكتابة ذكرها في الجامع قال وكذلك
الكتابة اذا ادعاها العبد وانكر المولى يعني الكتابة على وزان ما ذكرنا في البيع زاد المصنف فقال وكذا
اذا كان المدعي هو المولى لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى
الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بانه لا يتصور له عليه دين لا به فالشهادة ليست الا لاثباتها
الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المراة
في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذي يفيدهم
الخلاص وهو مقصودهم وان كان الدعوى من الجانب الاخر وهو الزوج والمولى وولي القتيل فهو بمنزلة
الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو انه اذا ادعى اكثر المالين فشهد به شاهد والاخر بالاقل ان كان الاكثر
يعطف مثل الالف وخمسمايه قضي بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالالف والالفين فكذلك عندهما
وعند ابي حنيفة لا يقضي بشي وهذا لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم يبق الدعوى
الا في الدين والسادسة الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل الشهادة بشي اصلا لان قبولها بنا على
صحة الدعوى ولم تصح لانه اي الراهن لا يقدر على استرداده ما دام الدين قايما فلا فايدة لهذه
الدعوى فلم تصح وان كان المدعي هو المرتهن فهو دعوى الدين وعلمت حكمه فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب
وقبول فكان كساير العقود فينبغي ان يكون اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع
والشرا اجيب بان الرهن غير لازم في حق المرتهن فان له ان يرده متى شا بخلاف الراهن فليس له ذلك
فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينة في ثبوت الدين
فيثبت الرهن بالعقد ضمنا وتبعا للدين انتهى ولا شك ان دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا اطالبه بالف
وخمسماية لي عليه على رهن له عندي فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف ثبوت دينه

عليه بخلاف دين الثمن في البيع ان كان رهنه كذا اطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه
او سرقه مثلا فلا شك ان هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين في انه رهنه بالف او الف وخمسمايه
وان كان زيادة يوجب ان لا يقضي بشي لان عقد الرهن يختلف به والسابعة الاجارة ان كان في اول المدة فهو
كالبيع بان ادعى المستاجر او الاجر انه اجره هذه الدار سنة بالف وخمسمايه فشهد واحد كذلك والاخر بالف
لا يثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف
باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة فان كان بعد مضيها استوفى المنفعة او لم يستوف بعد ان تسلم فان كان
المدعي هو الموجر فهي دعوى المال فان شهد احدهما بالف والاخر بالف وخمسمايه وهو يدعي الاكثر يقضي
بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر وان شهد الاخر بالفين والمدعي يدعيهما لا يقضي بشي عنده
وعندهما بالف وان كان المدعي هو المستاجر فهو دعوى العقد باجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضي
عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين او اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف الثامنة
النكاح وقد علمت ان النكاح اجري مجرى البيع حتى لا يقبل الاختلاف حتى لو ادعى نكاحها فشهد احدهما
انها زوجت نفسها منه تقبل وانما تقبل اذا ادعى انها زوجت نفسها منه فشهد ان وكيلها فلان بن فلان
زوجها لان لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف وقد اطلق محمد رحمه الله في الجامع عن ابي حنيفة
رحمه الله فقال فاما النكاح فان ابا حنيفة كان يقول اذا جات بشاهد يشهد على الف وخمسمايه وشاهد
يشهد على الف جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمايه فاما يعقوب ومحمد فقالا النكاح باطل
فمشى المصنف رحمه الله على اطلاقه فلم يفصل بين كون المدعي فيه النكاح الزوج او الزوجة وجعله الاصح
نفيا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعي الزوج فلا يصح باتفاقهم لانه دعوى العقد اذ الزوج
لا يدعي عليها مالا وكونه الزوجة فهو على الخلاف وقال في وجه الاصح ما ذكرنا يعني ما ذكره من التعليل
لابي حنيفة من ان المال تابع في النكاح وانما المقصود منه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف في
هذا بل في التبع واذا وقع التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضا بالنكاح
بالف فان هذا الوجه يقتضي الصحة بالاقل بلا تفصيل وايضا اجرى اطلاقه في دعوى الاقل والاكثر
نعم الصحة سوا ادعى المدعي الاقل او الاكثر وهذا مخالف للرواية فان محمدا رحمه الله في الجامع قيده
بدعوى الاكثر حيث قال جازت الشهادة بالف وهي تدعي الفا وخمسمايه والمفهوم يعتبر رواية ونقول
ذلك ايضا يستفاد لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الاكثر فيصح عنده او الاقل فلا يختلف في البطلان
لتكذيب المدعي شاهد الاكثر كما عول عليه محققوا المشايخ فان قول محمد وهي تدعي الى اخره يفيد تقييد
جواب قول ابي حنيفة رحمه الله بالجواز اذا كانت هي المدعية للاكثر دونه فان الواو فيه للحال والاحوال
شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين الف **فروع** شهدا انه اقر انه غصبه من فلان هذا العبد
والاخر انه اقر انه اخذه منه يقضى عليه ولو شهد احدهما انه اقر انه اخذه منه والاخر انه اقر بانه
له لم يقض للمشهود له بشي ولو شهد انه اقر انه غصبه منه والاخر انه اقر بان المدعي اودعه اياه
تقبل وزاد في المنتقى حين وضعها ثانية في الثوب او المدعى قال اقر بما قالا لكنه غصبه مني تقبل
وتجعل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعي فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعد ثم قال ايضا لو شهد
احدهما على اقراره باخذه والاخر على اقراره بايداعه منه وقال المدعي انا اودعته منه لا تقبل لعدم احتياجها

على الاقرار بملك ولا بالاخذ لان شاهد الوديعة لم يشهد بالاخذ فالزم المناقضة في الحكم والدليل
واعلم انه ذكر فيما اذا شهد على اقراره بغصبه والاخر على اقراره باخذه منه يقضي به للمدعي ويجعل
المدعى عليه على حجته لان اقراره بالاخذ ليس اقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة اذ كان الاخذ
لا يدل على الملك شهد بانه اقر انه اشترى هذا العين من المدعي والاخر على اقراره بابتياعه المدعي اياه منه
قضي للمدعي ولو كان الشاهد الثاني شهد بانه اقر ان المدعي دفع اليه هذا العين قضي به للمدعي ايضا
لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل الا ترى ان رجلا لو قال دفع الي فلان هذا
العين ثم برهن على انه اشتراه منه تقبل وفي الزيادات قال احدهما اعتق كله والاخر اعتق نصفه
لا تقبل ولو ادعى الغبن فشهد احدهما بالف والاخر بالغبن تقبل على الف اجماعا ادعى الشرا فشهد
بالهبة والقبض لا تقبل الا ان وفق فقال جحدني الشرا فاستوهبتها منه واعاد البينة على الهبة
لان الاول لما قامت على مدعى به من الهبة وانما ادعاها الان فيقيم بينة دعواه ادعى انه ورثها
من ابيه فشهد احدهما كذلك والاخر من امه لا تقبل ادعى دارا فشهد له بمدعاه وقضي له ثم اقر المقضي له
ان البناء للمقضي عليه لا يبطل الحكم بالارض للمدعي وان شهدا بالبناء والارض والباقي بحاله بطل الحكم
لانه اكذبهما فيما قضاه من البنا بخلاف الاول لان دخول البنا يحتمل فاقرار المدعي بعدم دخوله
بيان لاحد الاحتمالين شهد انها ولدت منه والاخر انها حبلت منه او شهد انها ولدت منه غلاما
والاخر جارية تقبل شهدا انه اقر ان المدعي سكن هذه الدار والاخر انها له لا تقبل ولو شهد انه اقر
بان هذه الدار له وشهد الاخر انه ساكنها قضي له بها شهدا ان قيمة الثوب الهالك كذا والاخر على
اقراره بها لا تقبل شهد على صريح الاذن والاخر انه يبيع فلم ينهه لا تقبل خلافا على الاذن في
الطعام والاخر عليه في الثياب تقبل على الاذن • وفي الاقضية ادعى عبدا في يد رجل فشهدا على اقراره
انه ملكه تقبل ولو على اقراره بالشرا منه وانكر المدعي البيع ياخذه المدعي لان الاقرار بالشرا او
اقرار بالملك للبايع على رواية الجامع او بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد اقر انه لا
ملك له ولا احد متعرض للمدعي فياخذه وكذا لو شهد احدهما على اقراره بالشرا منه والاخر على
اقراره بالهبة منه والمدعي ينكر وكذا لو شهد احدهما على الشرا منه بالف والاخر بمائة دينار وقال
الاخر استاجره منه وكذا لو شهد انه باعه المدعي منه والاخر انه اودعه عنده وكذا لو شهد على
اقراره ان المدعي دفعها اليه شهد على اقراره بانه اخذه منه هذا والاخر على اقراره بانه اودعه
منه تقبل لاتفاقهما على الاقرار بالاخذ لكن بحكم الوديعة او الاخذ منه منفردا شهدا ان له عليه
كذا دينارا والاخر انه اقر انه عليه تقبل شهدا انه طلقها بالعربية والاخر بغيرها في المنتقى عن ابي
يوسف رحمه الله لا تقبل ولو كان هذا بالاقرار بالمال تقبل وليس الطلاق كذلك لان ابي نوبه في
وجوه كثيرة وفيه لو شهد انه قال لعبده انت حر والاخر انه قال ازاد تقبل وفيه لو قال ان كلمت
فلانا فانت حر فشهدا انه كلمه اليوم والاخر امس لم تقبل وذكر فيه مسئلة الطلاق قال طلقت ولا
شك انه يجب في العتق ثبوته اذا وفق العبد بان قال كلمته في اليومين جميعا وفيه شهد ان دخلت
هذه الدار فكذا والاخر ان دخلت هذه وهذه لا تقبل وفيه ان طلقتك فعبده حر فشهد انه
طلقها اليوم والاخر امس يقع الطلاق والعتق ولو قال ان ذكرت طلاقك ان سميته ان كلمت به

فعبده

فعبده حر فشهد انه طلقها اليوم والاخر امس يقع الطلاق لا العتاق لان شهادتهما اختلفت في الكلام
ولو اختلفا في القذف في الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لهما وفي الاشباه واقراره لا تقبل اجماعا
ادعى عليه الفا فشهد احدهما انه اقر ان له عليه الفا قرضا والاخر اقر انه اودعه الفا تقبل لانهما
اتفقا انه وصل اليه منه الف وقد جحد فصار ضامنا

فصل في الشهادة على الارث

وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد لحي عن ميت على الشهادة بملك متجدد للحي عن حي ظاهر
قوله ومن اقام بينة الى اخره اختلف علماؤنا رحمهم الله في انه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة
على ملك الميت على الجر والنقل وهو ان يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعي
فعند ابي يوسف لا وعند ابي حنيفة ومحمد نعم وجه قول ابي يوسف ما ذكره المص بقوله هو يقول
ملك المورث ملك الوارث لانه يصير ملكه خلافه ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير
مغرورا اذا كان المورث مغرورا فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة الى امر زايد
يشترط للقضاء به له وقد ظهر لهذا محل الخلاف وهو شهادتهم انه كان ملك الميت بلا زيادة او
شهدا انها لابيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف فقيل تقبل عند ابي يوسف وقيل لا تقبل بالاتفاق
وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة
وتحل للوارث الغني ما كان تصدق به على المورث الفقير ولو زكاة او كفارة فلا بد من ذكر ما
الجر والانتقال غير انه لا يشترط ذكر ذلك نصا اما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له
او شهدا بالملك للمورث عند الموت او بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث
غير لازم شرعي لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت اذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المص
رحمه الله اتفاقية وهي قوله ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في
يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له اما على قول ابي يوسف رحمه الله
فظاهر واما على قولهما فلان الشهادة على الملك وقت الموت او اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك
وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لانه اثبت اليد عند الموت حيث شهدا انها معارة منه او مودعة
عند الموت لان يد المستعير والمودع والمستاجر كيد المعير واخويه وقد طولبا بالفرق بين هذا
وما اذا شهد المدعي ملك عين في يد رجل بانها كانت ملك المدعي او انه كان ملكها حيث يقضي بها
وان لم يشهدا انها ملكه الى الان وكذا لو شهد المدعي عين في يد انسان انه اشتراها من فلان
الغايب ولم يقم بينة على ملك البايع وذو اليد ينكر ملك البايع فانه يحتاج الى ملكه فاذا شهدا بملكه
قضي للمشتري به وان لم ينصوا على انها ملكه يوم البيع وهذه اشبه بمسئلتنا فان كلا من الشرا والارث
يوجب تجدد الملك • والجواب انهما اذا لم ينصا على ثبوت ملكه حالة الموت فانما يثبت بالاستصحاب
والثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدده وبخلاف مسئلة الشرا فان الملك مضاف اليه لا الى
ملك البايع وان كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقايه لان الشرا اخرهما وجودا وهو سبب
موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجبه فيكون مضافا الى الشراء وهو ثابت بالبينة اما هنا فثبوت
ملك الوارث مضاف الى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا الى الموت لانه ليس سببا موضوعا للملك
بل عنده يثبت ان كان له مال فارغ والله سبحانه اعلم هذا اذا شهدا انها كانت معارة او مودعة

فلو شهدا انها كانت في يد ابيه مات وهي في يده والاب هو المراد بلفظ فلان في قول المصنف
انها كانت في يد فلان يعني ابا الوارث المدعي جازت الشهادة فيقضي بالدار للوارث لان اثباتهما
اليد للميت الى حين الموت وبذلك يثبت الملك له لان اليد وان تنوعت الى يد غصب وامانة وملك
فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف ان كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا
يصير المغصوب والوديعة ملكا لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك
الوديعة والمغصوب منه ولا يلزم على هذا ما لو شهدوا ان اباه دخل هذه الدار ومات فيها او انه كان
فيها حتى مات او انه مات فيها او انه مات وهو قاعد على هذا البساط او نائم على هذا الفراش او انه
مات وهذا الثوب موضوع على راسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيئا من ذلك مع انها تفيد
ان هذه الاشياء كانت في يد مورثه قبل الموت لانها خرجت بقوله بواسطة الضمان وهذه الامور
ليست موجبة للضمان قال التمرتاشي لا تثبت اليد على المحل بهذه الشهادة حتى لا يصير غاصبا ولا يصير
ذو اليد مقرا بذلك بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فان اليد تثبت بها ويصير بها غاصبا فهذا
اذا شهد بذلك للميت كذلك فلو شهد للحي ادعى عينا في يد شخص كذلك اي شهدا انها كانت في يد هذا
المدعي منذ شهر او اقل او اكثر ولم يذكرا وقفا فعن ابي يوسف رحمه الله هي كالتي للميت فيقضي للمدعي بالعين
المذكورة وقالا لا يقضي بها للمدعي بهذه الشهادة لابي يوسف ان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا في
هذه الصورة انها كانت ملكا للمدعي تقبل على ما قدمنا في الفروع استصحابا للملك الى وقت الدعوى
كذا هنا استصحابا لليد الى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا انه اخذها منه فيقضي بالرد
بهذه الشهادة وجه الظاهر من قول ابي يوسف وهو وجه قولهما ان الشهادة مع كونها بيد
منقضية شهادة بمجهول لان اليد متنوعة الى ملك وامانة وضمان ولم يلزم احدها بعينه لترتفع
الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بالمجهول بخلاف مثلها في الميت لانه لزم احدها
بعينها بالموت وهو يد الملك فامكن القضاء وبخلاف الاخذ فان له موجبا معلوما وهو الرد من حيث
هو اخذ الى ان يقترن به ثبوت انه اخذ بحقه كما قال صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده
به وايضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعي مشهود به مخبر عنه وليس الخبر كالمعاينة فيترجح المدعى
عليه فلا يقضي به للمدعي واستشكل ببينة الخارج مع ذي اليد وكذا ببينة مدعي الملك المطلق مع
ذي اليد حيث يترجح بينة الخارج ومدعي الملك اجيب بان ذلك مسلم فيما لا يتنوع كبينة
الخارج ومدعي الملك المطلق بخلاف ما يتنوع وهذا الجواب حاصله ان المعاينة كانت تقدم
لو لم يلزم الجهالة في المقضي وهو في التحقيق يصير الى الوجه الاول ويبطل استقلال الثاني
بسير **قوله** وان اقر الى اخره يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد
المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة
الاقرار بل يصح ويلزم بالبيان فانه لو قال لفلان علي شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان
ان المدعى عليه اقر بانها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة
في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على اقرار المدعى عليه ان له عليه شيئا
جازت ويؤمر بالبيان **تتمة** شرط الشهادة بالارث ان يشهدوا انه كان لمورثه فلو قالوا انه

لمورثه تقدم ان محمدا قال لا يصح ولم يحك خلافا لان المورث ان كان حيا فالمدعي ليس خصما وان كان
ميتا فاثبات الملك للميت حال الاحياء غير مقصود وفي فتاوى قول بعضهم انها تصح على قول ابي يوسف وهو غير بعيد
لانا نقطع بان الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالاول ولا بد ان يدرك الشهود
الميت لان الشهادة على الملك لا تجوز بالتسامع وان ثبت بمواجهة الاستحقاق حتى لو قالوا اخوه مات
وترك ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لابيه او لامه او لهما لان الارث يختلف باختلاف الجهات وكذا
لو قالوا كان لجده ولم يقولوا مات وتركها ميراثا له ولم يشترط ابو يوسف على ما عرف في الخلافية
غير انه يسال البينة عن عدد الورثة للقضاء واذا شهدوا انه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا
لا نعلم له وارثا سواه فان كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضي لاحتمال عدم استحقاقه او يرث
على كل حال يحتاط القاضي وينظر مدة هل له وارث آخر او لا **قوله** يقضي بكله وان كان نصيبه يختلف
في الاحوال يقضي بالاقل فيقضي في الزوج بالربع والزوجة بالثمن الا ان يقولوا لا نعلم له وارثا غيره
وقال محمد وهو رواية عن ابي حنيفة يقضي بالاكثر والظاهر الاول وليس الاصل ان لا يكون له وارث
ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم ولو قالوا لا نعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند
ابي حنيفة خلافا لهما **فروع** اذا شهد اثنان ان هذا وارث فلان لا نعلم له وارثا غيره ولم
يذكرا سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبينا سبب الارث وكذا اذا شهدا انه اخوه او عمه او جده
او جدته لا تقبل حتى يبينا طريق الاخوة والعمومة لاب او شقيق وينسبا الميت والوارث حتى يلتقيا الى
اب واحد ويذكرا ايضا انه وارثه وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد حتى يلتقيا
ووارثه في الاب والام والولد حتى يلتقيا الى اب واحد يلتقيا الى اب واحد ويذكرا ايضا انه وارثه
وهل يشترط قوله ووارثه في الاب والام والولد قيل يشترط والفتوى على انه لا يشترط قوله
وارث وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارث وفي الشهادة بانه ابن ابن الميت او بنت ابنه
لا بد كرذلك وفي الشهادة انه مولاه لا بد من بيان انه اعتقه ولا يشترط ذكر اسم اب الميت حتى لو شهدوا
انه جد الميت ابو ابيه ووارثه ولم يسموا ابا الميت قبلت وفي الاقضية شهدا انه جد الميت وقضي له
ثم جاء آخر وادعى انه اب الميت وبرهن فالثاني احق بالميراث شهدا انه اخو الميت ووارثه وقضي
به ثم شهد هذان لآخر انه ابن الميت لا يبطل القضاء للاول بل يضمنان للابن ما اخذ الاول
من الارث ولو شهد آخران ان الثاني ابن الميت تقبل وفي الزيادات شهدا ان قاضي بلد كذا فلان
ابن فلان قضى بان هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضي يحتاط ويسال المدعي
عن نسبه فان لم يبين امضى القضاء الاول لعدم المنازع في الحال فان جاء آخر وبين انه وارثه
فان كان اقرب من الاول قضي للثاني وان كان ابعد منه لا يلتفت اليه وان زاحمه بان كان مثلا الاول
ابنا والثاني ابا قضي بالميراث بينهما على قدر حقهما لامكان العمل بهما والله سبحانه وتعالى الموفق

باب الشهادة على الشهادة

لما فرغ من بيان احكام شهادة الاصول شرع في بيان احكام شهادة الفروع **قوله** الشهادة
جائزة في كل حق يثبت مع الشبهة فخرج ما لا يثبت معها وهو الحدود والقصاص فاما التعزير
ففي الاجناس من نوادر ابن رستم عن محمد يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة ونص الفقيه ابو

على ان كتاب القاضي الى القاضي لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة وفي فتاوى قاضي خان الشهادة على الشهادة
جايزة في الاقارير والحقوق واقضية القضاة وكتبهم وكل شيء الا الحدود والقصاص وبقولنا هذا
قال احمد والشافعي في قول واصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص ايضا لان الفروع عدول
نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيجيء **قوله** وهذا
استحسان اي جواز الشهادة على الشهادة والقياس ان لا يجوز لانها عبادة بدنية وحيث على الاصل وليس
للمشهود له حتى لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لان كونه قول
انسان يعتمد على مثله ويلزمه ما نسبه اليه وهو سعيه وتبرؤ منه انما عرف حجة شرعا عند عدم
احتمال الكذب وهو ما في شهادة الاصول لعدم العصمة من الكذب والشهود فلا يكون حجة كذلك
عند زيادة الاحتمال فكيف اذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وان جعل
محل الاداء فان محله في الاصلين في اثبات حق المدعي وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الاصلين
ثم يرجع الى الحق المدعى به لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الاداء لموته او غيبته او مرضه فيضيع الحق اثبتها
اهل الاجماع صيانة لحقوق الناس لا يقال يستغنى عن ذلك بحبس الشهود بان يستشهد على كل حق عشرة مثلا
فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعي لانا نقول المدعي جاز كونه وارث صاحب الحق على مثله وقد افترض الكل
فالحاجة متحققة اليها ولما كانت الحقوق منها ما يحتاط في اثباته ومنها ما اوجب الشرع الاحتياط
في دريه وهو الحدود والقصاص لو اجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب
كان خلاف الشرع والمصنف علل بهذا وبما فيها من شبهة البدلية فاورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز
شهادة اصل مع فرعين اذ البدل لا يجامع الاصل ولا اشيا منه **واجيب** بان البدلية هنا عن
المشهود به فان علمنا بثبوت المشهود به للاصول فيه شبهة كما ذكرنا وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه
شبهة اخرى لا بحسب شهادة الاصول لان شهادتهم عيان وهذا يرد الى التعليل الاخر وهو كثرة الاحتمال
بتأمل يسير فلا يكونان تعليلين وهو خلاف ما ذكره المصنف لا جرم ان اصل السؤال غير وارد لانه انما
يرد على حقيقة البدلية والمصنف انما قال فيه شبهة البدلية لا حقيقتها فان قيل ذكر في المبسوط
ان الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا حد فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة
فلان اجيب بان لا نقض فان المشهود به فعل القاضي وهو مما يثبت مع الشبهات والمراد من الشهادة
بالحدود الشهادة بوضع اسبابها الموجبة لها فان ورد ان فعل القاضي موجب لردها ورد هذا من
ثم موجب للحد اجيب بالمنع بل الموجب لردها اذا كان من حده ما يوجب الحد والذي يوجبه
هو القذف نفسه على ان في المحيط ذكر محمد في الديات لا تقبل هذه الشهادة **قوله** ويجوز شهادة
شاهدين او شهادة رجل وامرأتين على شهادة شاهدين يعني اذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين
فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما ايضا على شهادة الاخر
اما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة اصل والاخر على شهادة الاصل الاخر
فلا يجوز على قول مالك على ما نقل عنه في كتب اصحابه انه لا يجوز وفي الحلية ان على قول احمد وابن
ابي ليلى وابن شبرمة والحسن البصري والعنبري وعثمان البتي واسحق يجوز الشهادة لان الفرع
قايم مقام الاصل بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القضا كانه شهد بنفسه واعتبروه

برواية الاخبار ولنا ما عن علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ذكره
وهو بهذا اللفظ غريب والذي في مصنف عبد الرزاق انا ابراهيم بن ابي يحيى الاسلمي عن حسين بن
ضميرة عن ابيه عن جده عن علي رضي الله عنه قال لا يجوز على شهادة الميت الا رجلان واسند
ابن ابي شيبة ثنا وكيع عن اسماعيل الازرق عن الشعبي قال لا يجوز شهادة الشاهد حتى يكونا
اثنين ولان شهادة كل من الاصلين هي المشهود بها فلا بد ان يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى
لو كانت امرأة شاهدة مع الاصول لا يجوز على شهادتها الا رجلان او رجل وامرأتان وقال
الشافعي في احد قوليه لا يجوز واختاره المزني لان الفرعين يقومان مقام اصل واحد كالمرأتين
فلا تقوم الحجة بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل واحد لا يقضى بشهادتهما ولان احدهما
لو كان اصلا فشهد بشهادته ثم شهد مع فرع على شهادة الاصل الاخر لا يجوز اتفاقا فكذا اذا
شهدا جميعا على شهادة الاصلين وفي قول اخر للشافعي يجوز كقولنا وهو قول مالك واحمد لما روينا
من قول علي رضي الله عنه فانه باطلاقه ينتظم محل النزاع ولان حاصل امرهما انهما شهدا بحق هو
شهادة احد الاصلين ثم شهدا بحق اخر هو شهادة الاصل الاخر ولا مانع من ان يشهد شاهدان
حقوق كثيرة بخلاف اذا الاصل شهادة نفسه ثم شهادته على الاصل الاخر فانه انما لا يجوز
لان فيه جمع البدل والمبدل بخلاف ما لو شهد شهادته وشهد اثنان على شهادة الاصل لا
يجوز كما قدمنا وما ذكره المصنف رواية عنه وانما نقل هذا عن نقله من ذكره في الحلية لما تقدم
من ان الفرع كرسوله ذكر رواية الاخبار ويدفعه ما ذكرنا عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد حق
فلا يثبت الا باثنين وذكر في المستوعب للحنابلة عن احمد لا بد من اربعة فروع ليشهد كل فرعين
على واحد من الاصلين **قوله** وصفة الاشهاد اي اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع ان يقول
شاهد الاصل اشهد على شهادتي اني اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه
وانما شرط اشهاد الاصل الفرع في شهادة الفرع لانه كالنايب عنه فلا بد من الاستنابة وذلك
بالتحميل بخلاف شهادة الاصل يجوز على المقر وان لم يحمله وكذا كل من شاهد امرا غير الشهادة له
ان يشهد به وان لم يحمل كالاقرار والبيع والغصب على ما مر يعني في فصل ما يتحمله الشاهد وانما
لم يقل لانه نايب لانه لو كان حقيقة النايب لم تجز القضا بشهادة فرعين على شهادة اصل واصل
لامتناع الجمع بين الاصل والخلف لكنه جايز وقوله ولا بد ان يشهد اي شاهد الاصل عند الفرع
كما يشهد شاهد الاصل عند القاضي لينقله الفرع الى مجلس القضا وان لم يذكر شاهد الاصل في
شهادته عند الفرع قوله واشهدني يعني المقر على نفسه بذلك جاز لما ذكرنا انفا من الفرق واذا
وقع التحميل بما ذكر فيقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلان بن فلان ويعرفه اشهدني على
شهادته ان فلان اقر عنده بذلك وقال لي اشهد على شهادتي بذلك ولا بد من ذكر الفرع جد
شاهد الاصل فلزم فيه خمس شينات وذلك لانه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الاصل
والتحميل قال المصنف ولها اي ولشهادة الاداء من الفرع لفظ اطول من هذا واقصر اما الاطول
فان يقول اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته وامرني
ان اشهد على شهادته وانا الان اشهد على شهادته بذلك فيلزم ثمان شينات واما الاقصر فان يقول

الفرع اشهد على شهادة فلان بان فلانا اقر عنده بكذا ففيه شينان وهو اختيار الفقيه
ابي الليث واستاذه ابي جعفر وحكي فتوى شمس الايمة السرخسي به وهكذا ذكر محمد في السير الكبير
وبه قالت الايمة الثلاثة وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل فاخرج
ابو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له قال في الذخيرة فلو اعتمد احد على هذا كان اسهل
وكلام المصنف يقتضي ترجيح كلام القدوري المشتمل على خمس شينات حيث حكاه وذكر ان ثم اطول
منه واقصر ثم قال وخير الامور اوساطها وذكر ابو نصر البغدادي شارح القدوري اقصر آخر
بثلاث شينات قال ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاثة الفاظ وهو ان يقول اشهد ان فلانا اشهدني
على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا ثم قال وما ذكره صاحب الكتاب يعني القدوري اولى واحوط
ثم حكي خلافا بين ابي حنيفة ومحمد وبين ابي يوسف في قوله وقال لي اشهد على شهادتي شرط عند ابي حنيفة
ومحمد فلا يجوز تركه وعند ابي يوسف يجوز وقال وجه قولهما انه اذا لم يقل له احتمل ان يكون امره ان يشهد
مثل شهادته وهو كذب ويحتمل انه امره على وجه التحميل فلا يثبت الثاني بالشك ولابي يوسف ان
امر الشاهد محمول على الصحة ما امكن فيحمل لذلك على التحميل انتهى والوجه في شهود الزمان القول
بقولهما وان كان فيهم العارف المتدين لان الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم وقولهم
في اعطاء الصورة اشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل والا فلا بد ان يعرف شاهد
الاصل قال في الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب ان يذكروا اسماء الاصول واسماء ابائهم
واجدادهم حتى لو قالا نشهد ان رجلين نعرفهما اشهدانا على شهادتهما انهما يشهدان بكذا
وقالا لا نسميهما ولا نعرف اسماءهما لم تقبل لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة **قوله** ومن قال
اشهدني اي اذا قال شاهد عند آخر اشهدني فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع ان يشهد على شهادته
حتى يقول له اشهد على شهادتي بكذا ووجهه المصنف بانه لا بد من التحميل اما عند محمد فلانه يقول
باشتراك الاصول والفروع في الضمان اذا رجعوا ومعنى هذا ان محمدا يخير المشهود عليه بين
تضمين الاصول والفروع وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من انه يضمن الكل معا فان اختار
تضمين الفروع لا يرجعون على الاصول بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب تخيير المغصوب منه
في تضمين ايهما شاء فان ضمن الغاصب رجع على غاصبه واما عندهما قال فلانه لا بد من التحميل
لانه لا بد من النقل يعني الى مجلس القاضي ليصير حجة فيظهر بالنقل تحميل ما هو حجة يعني شهادة
الاصول وهذا الكلام يقتضي ان وجوب التحميل لوجوب النقل والنقل لا يتحقق الا بالتحميل
حتى لو سمع شاهدا يقول لرجل اشهد على شهادتي الى آخره ليس له ان يشهد على شهادته لانه انما
حمل غيره بحضرته فاذا نقل ظهر للقاضي انه وجد الشرط وهو التحميل فيثبت عنده الحجة بخلاف
ما لو سمع قاضيا يقول لآخر قضيت عليك بكذا او على فلان فانه يجب ان يشهد على قضائه بلا تحميل
لان القضاء حجة كالبيع والاقرار بخلاف الشهادة ليست بنفسها حجة حتى تصل الى القاضي وللقائل
ان يقول كون النقل الى القاضي والحجة تتوقف على التحميل شرعا مما يحتاج الى الدليل ان لم يكن فيه اجماع
الامة وهو منتف على الاصح عند الشافعية والا فلا اتفاق على ان من سمع اقرار رجل له ان يشهد
عليه بما سمع منه وان لم يشهده بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فاخراج الاقرار بشهادة

الشاهد شهادته على فلان ان يحتاج الى الدليل من الشرع وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه امرا
آخر وهو ان الاصل له منفعة في نقل شهادته فان الشهادة حق عليه يلزمه اداؤه اذا طلب منه
من هي له ومقتضى هذا ان لا يحتاج الى التوكيل والتحميل لان من عليه اذا امر انسان بقضاء دينه جاز وان لم
يكن بامره لكن فيها مضرة اهدار ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه فيتوقف امره ورضاه فيشترط
كتزويج ولاية انكاح صغيرة لو نكحها انسان لا بامره لا يجوز لذلك **قوله** ولا تقبل شهادة شهود الفرع
الا ان يموت شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام ولياليها فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
معه حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل وبهذه الاشياء تحقق العجز
وانما اعتبر بالسفر لان المعجز بعد المسافة فقدرت بمسافة اعتبرها الشارع بعيدة حتى ادير رخصا
عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخف وعدم وجوب الاضحية والجمعة وعن ابي يوسف انه
ان كان في مكان انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح شهادة الفروع
احيا لحقوق الناس قالوا الاول احسن يعني من جهة الدليل لموافقته لحكم الشرع والثاني ارفق
احياء لحقوق الناس وفي الذخيرة كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية وبه اخذ الفقيه ابو الليث
وذكره محمد في السير الكبير وعن محمد تجوز الشهادة كيف ما كان حتى روي انه اذا كان الاصل في زاوية
المسجد فشهد الفرع في زاوية اخرى تقبل وقال الامام السرخسي وغيره يجب ان يجوز على قولهما
خلافا لابي حنيفة رحمه الله بناء على جواز التوكيل بالخصومة عندهما بلا رضى الخصم وعنده لا الا
برضاه والانقطع صرح به عنهما فقال وقال ابو يوسف ومحمد تقبل وان كانوا في المصر **فروع**
خرس الاصلان او جنا او عميا او ارتدا والعياذ بالله او فسقا لم تجز شهادة الفروع وتجوز شهادة
الابن على شهادة الاب دون قضائه في رواية والصحيح الجواز فيهما ولو شهد واحد على شهادة نفسه
وآخران على شهادة غيره صح وتقبل الشهادة على الشهادة في النسب وكتاب القاضي الى القاضي
وفي الاصل لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد احدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل
لان شهادة الاصل الحاضر على شهادة الاصل الغايب غير مقبولة لانها لو قبلت ثبت بشهادة الاصل
الحاضر ثلاثة ارباع الحق نصفه بشهادة وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الاصل
الغايب ولا يجوز ان يثبت بشهادة الواحد ثلاثة ارباع الحق كذا ذكره الامام السرخسي ولم
يزد في شرح الكافي على تعليله لان شهادته بشهادة نفسه اصل وشهادته على غيره بدل
ولا يجتمعان بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر يصح ولو شهد
على شهادة رجلين بشيء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الاصلان ونهيا الفروع عن الشهادة
صح النهي عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يصح والاظهر الاول وتقبل الشهادة على الشهادة
وان كثرت واسمعا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لهما ان يشهدا ان القاضي قضى
عليه وان كانا سمعاه من القاضي في المصر او سواده في رواية الحسن عن ابي حنيفة وهو الاقيس
وعن ابي يوسف لا يجوز ان سمعاه في غير مجلس القاضي وهذا احوط **قوله** فان عدل شهود
الاصل الى آخره شهود الاصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل والحاصل انه اذا شهد
الفرعان فان علم القاضي عدالة كل من الفروع والاصول قضى بموجب الشهادة وان لم يعلم عدالة

الاصول وعلى عدالة الفروع سال الفروع عن عدالة الاصول فان عدلوهم جاز لانهم من اهل التزكية
فتقبل وكذا لو شهد اثنان فعدل احدهما وهو معلوم العدالة للقاضي الاخر جاز خلافا لقول
بعض المشايخ انه لا يجوز لانه متهم في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضا بشهادته وذلك
ما اشار اليه المصنف بقوله غاية الامر ان فيه الى اخره لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة
نفسه يعني ان شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضا بها فكما انه لا يعتبر الشرع مع
عدالته ذلك فما نحن فيه كذلك ما نحن فيه وان سكتوا اي الفروع عن تعديل الاصول حين سالهم القاضي
جازت شهادة الفروع ونظر القاضي في حال الاصول فان عدلهم غيرهم قضى والا لا وهذا عند ابي
يوسف وقال محمد اذا سكتوا او قالوا لا نعرف عدالتهم لا تقبل شهادة الفروع لان قبولها باعتبار
انها تقبل شهادة ولم يثبت شهادة الاصول فلا تقبل شهادة الفروع ولابي يوسف ان الماخوذ
اي الواجب على الفروع ليس الا نقل حملهم الاصول دون تعديلهم فانه قد تخفى حالهم عنهم فاذا
نقلوا ما حملوهم على القاضي ان يتعرف حالهم غير ان الفروع حاضرون وهم اهل للتزكية اذا كانوا
عدولا فسوالهم اقرب للمسافة من سوال غيرهم فان كان عندهم علم فقد قصرت المسافة والا احتاج
الى تعرف حالهم من غيرهم هكذا ذكر الخلاف الناصحي في تهذيب ادب القاضي للخصاف وصاحب الهداية
وذكر شمس الايمة فيما اذا قال الفروع حين سالهم عن عدالة الاصول لا نخبرك بشي لم تقبل شهادة
اي الفروع في ظاهر الرواية لان هذا ظاهر في الجرح كما قالوا انهم متهمون في هذه الشهادة ثم قال
وروي عن محمد انه لا يكون جرحا لانه يحتمل كونه توقفا في حالهم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى
وعن ابي يوسف مثل هذه الرواية عن محمد انها تقبل ويسال غيرهما ولو قالا لا نعرف عدالتهما ولا عدمها
تكذا الجواب فيما ذكره ابو علي السعدي وذكر الحلواني انها تقبل ويسال عن الاصول وهو الصحيح لان الاصل
بقي مستورا فيسال عنه وذكر هشام عن محمد في عدل اشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة
نحو عشرين سنة ولا يدري اهو على عدالته ام لا فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يساله عن
حاله ان كان الاصل مشهورا كابي حنيفة وسفيان الثوري قضى بشهادتهما عنه لان عدالة المشهود تحدث بها
وان كان غير مشهور لا يقضي به ولو ان رجلين معلوما عدالتهما شهدا عن اصل وقالا لا نخبر به وزكاه غيرهما
لا تقبل شهادتهما وان قال ذلك احدهما لا يلتفت الى جرحه وفي التتمة اذا شهدا انه عدل وليس في
المصر من يعرفه فان كان ليس موضع للمسالة يعني بان يخفي فيه المسالة سالهما عنه او بعث من يسالهما عنه سرا
فان عدلاه قبل والا اكتفي بما اخبراه علانية **قوله** وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة
الفروع لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط في القبول فوقع في التحميل تعارض خبرهما بوقوع
وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض **قوله** واذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلانة
بنت فلان الفلانية بالف درهم هكذا عبارة الجامع وتمامه فيه فيقولان قد اخبرانا انهما يعرفانها
وجيا بامراة فيقولان لا ندري هي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان انها فلانة
الفلانية بعينها فاجيز الشهادة والمصنف انفرد فقال فجا بامراة يعني المدعي جا بها وهو انسب
وهذا لان الشهادة بالالف على المعرفة بالنسبة قد تحققت بالشهادة المذكورة للفروع والدعي
يدعي الالف على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة التي شهد بالالف

عليها قال المصنف ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة ببيع محدود قال قاضي خان وهذا كرجلين شهدا
ان فلانا اشترى دارا في بلد كذا بحدود كذا ولا يعرفان الدار بعينها يقال للمدعي هات شاهدين
يشهدان ان هذه الدار المحدودة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضا وهذا
التصوير ارفق بالكتاب حيث قال تحملوا الشهادة ببيع محدود وذكر التمرتاشي رحمه الله
وصار كرجل ادعى محدودا في يد رجل وشهد شهوده ان هذا المحدود المذكور بهذه الحدود
ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذي في يدي غير محدود بهذه الحدود
التي ذكرها الشهود يقال للمدعي هات شاهدين ان الذي في يده محدود بهذه الحدود ثم
تصوير المصنف يصدق فيما اذا كان المدعي شفيعا والمحدود في يد المشتري فادعاه لطلب
الشفعة فقال المشتري الذي في يدي بطريق الشرا ليس بهذه الحدود ثم قال المصنف قال يعني
محمدا في الجامع الصغير وكذلك كتاب القاضي فانه ذكر فيه المسالتين فانه قال بعد قوله فاجيز
الشهادة وكذلك كتاب القاضي الى القاضي بشهادة شاهدين وقال ابو حنيفة ان قالا في هذين
البابين التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها الى هنا لفظ الجامع الصغير يعني ان القاضي اذا
كتب في كتابه الى القاضي الاخر ان شاهدين عدلين شهدا عندي ان لفلان بن فلان الفلاني على
فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فاحضر المدعي امراة في مجلس القاضي
المكتوب اليه وقال هي هذه يقول له المكتوب اليه هات شاهدين يشهدان ان التي احضرتها
هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب ليمكن الاشارة اليها في القضا عليها
وقوله الا ان القاضي الى اخره جواب عن مقدر وهو انه اذا كان في معنى الشهادة على الشهادة
ينبغي ان لا يقبل قول القاضي وحده لانه كشاهد الفرع شهد على الاصول بما شهدا به فقال ان للقاضي
زيادة وفور ولاية ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فانفرد بالنقل
ثم قال المصنف قال ولو قالوا فلفظ قال ايضا على ما ذكرنا من قول المصنف نقلا للفظ الجامع
على ما نقلناه انفا اي قال في الجامع قال ابو حنيفة لو قالوا في هذين البابين اي الشهادة على الشهادة
وكتاب القاضي الى القاضي هي فلانة بنت فلان التميمية لم يكف حتى ينسبوها الى فخذها يريد القبيلة
الخاصة التي ليس دونها اخص منها وهذا على احد قولي اللغويين وهو في الصحاح وفي الجمهرة جعل
الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وانه بتسكين الخا والجمع افخاذ وجعله في ديوان الادب
بكسر الخاء وانه اقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشاف والزبير فقال العرب على ست طبقات
شعب وقبيلة وعمارة وبطن وفخذ وفصيلة فالشعب يجمع القبايل والقبيلة تجمع العماير والعمارة
تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصايل فمضر شعب وكذا ربيعة ومذحج
وحمير وسميت شعوبا لان القبايل تتشعب منها وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن
وهاشم فخذ والعباس فصيلة وعلى هذا فلا يجوز الاكتفا بالفخذ ما لم ينسبها الى الفصيلة
لانها دونها وكذا قال تعالى وفصيلته التي تؤويه وقد منا في فصل الكفاءة من ذكر بعد
الفصيلة ايضا العشيرة والعمارة بكسر العين والشعب بفتح الشين واسلفنا هناك ذكرها
منظومة في شعر ثم انما لم يكتف بذكر نحو التميمية لانها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو

المقصود بذكر ذلك ونقل في الفصول عن قاضي خان ان يحصل التعريف باسمه واسم ابيه ولقبه لا يحتاج
الى ذكر الجد وان كان لا يحصل بذكر الاب والجد لا يكتفي بذلك وفي الفصل العاشر من فصول الاسروشني
رايت بخط ثقة لو ذكر اسمه واسم ابيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجد تقبل وشرط التعريف ذكر ثلاثة
اشيا فعلى هذا لو ذكر اسمه ولقبه واسم ابيه هل يكفي فيه اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يكفي وفي
اشتراط ذكر الجد اختلاف فاذا قضى القاضي بدون ذكر الجد ينفذ لانه وقع في فصل مجتهد فيه
قال كذا رايت في بعض الشروط ولا يخفى ان ليس المقصود من التعريف ان ينسب الى ان يعرفه القاضي
لانه قد لا يعرفه ولو نسبه الى مائة جد او الى صناعته ومحلته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول
الاشتراك فانه قلما يتفق اثنان في اسمهما واسم ابيهما وجدهما او صناعتهما ولقبهما فما ذكر عن قاضي خان
من انه لو لم يعرف مع ذكر الجد لا يكتفي بذلك الا وجه منه ما نقل في الفصول من ان شرط التعريف
ذكر ثلاثة اشيا غير انهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد ولا نظير ما ذكر في النسب ما ذكر في
النسبة الى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة الى جده مشهور مثل ان يقول الفرغانية وكذا البلخية
كما ذكر ابو الليث وقيل السمرقندية والبخارية عامة بخلاف الاوزجندية وقيل في النسبة الى السكة
الصغيرة خاصة والى المحلة والكبيرة والمصر عامة قال المصنف ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد
عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في عدم اشتراطه ذكر الجد على ظاهر الروايات فذكر الفخذ
يقوم مقام الجد الاعلى اي الجد الاعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجد الخاص وهذا التعليل
لقول ابي حنيفة المنقول في الجامع آنفا لان في هذين البابين بلانه التميمية لم يخرجها بنسبها الى الفخذ
فانه ذكره فيما اذا قال لا فلانة بنت فلان الفلانية من غير ذكر جد نعلم ان الفلانية يقوم مقام الجد
اذا كان نسبة الى الاخص لا ابا **فصل** قال ابو حنيفة شاهد الزور اي اخره اخرجكم شهادة
الزور لانها خلاف الاصل اذ الاصل الصدق لان الاصل في الفطرة كونها على الحق والانحراف عنه
لعارض من قبل النفس والشيطان شاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته لمخالفة
الدعوى او الشاهد الاخر او التكذيب المدعي له اذ قد يكون محقا في المخالفة او للمدعي غرض في اداء
شيخ الاسلام ان يشهد بموت واحد فيجي حيا ولو قال غلطت او ظننت ذلك قيل يعني كذبت لا اقرار
بالشهادة بغير علم واذا ثبت كونه شاهد زور فقال ابو حنيفة رحمه الله يعزر بتشهيره على الملا في
الاسواق ليس غير وقالا نوجعه ضربا ونحبسه فصار معنى قوله ولا اعزره ولا اضربه فالحاصل
الاتفاق على تعزيره غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك اشد عليه من الضرب خفية
وهما اضافا الى ذلك الضرب ونقول لما قال الشافعي ومالك رحمهم الله لهما ما روى ان عمر رضي الله عنه
ضرب شاهد الزور اربعين سوطا رواه ابن ابي شيبة ثنا ابو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد
ابن ابي مالك ان عمر كتب الى عماله بالشام في شاهد الزور يضرب اربعين سوطا ويسخم وجهه ويحلق
راسه ويطال حبسه **وروى** عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول ان عمر ضرب شاهد الزور اربعين سوطا
وقال احمد ثنا يحيى بن العلا اخبرني الاحوص بن حكيم عن ابيه ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه امر
بشاهد الزور ان يسخم وجهه ويلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل فوجه الاستدلال بذلك
من يرى تقليد الصحابي ظاهر اما من لا يراه فوجهين احدهما عدم النكير فيما فعل عمر فكان اجماعا والثاني

لان الانكار

لان الانكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد فاذا فرض انه اداه اجتهاده الى ذلك فلا يجوز النكير على مجتهد
في محل اجتهادي فلا حجة في هذا السكوت والثاني انه اي كبيرة من الكبائر على ما صرح به النبي صلى الله
عليه وسلم فيما روى البخاري انه صلى الله عليه وسلم قال الا اخبركم باكبر الكبائر قالوا بلى يا رسول الله
قال الشرك بالله وعقوق الوالدين وكان متكئا فجلس فقال الا وقول الزور وشهادة الزور فما زال
يكررها حتى قلنا لا يسكت وقرن تعالى بينهما وبين الشرك فقال فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا
قول الزور واذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير وهذا لا ينهض على ابي حنيفة فانه
يقتضي التعزير وهو لا ينفيه بل قد قال به على ما حققناه لكنه ينفي الزيادة فيه بالضرب والحق ان ينهض
عليه بنفي الضرب ومما يتشبث به فان الضرب زيادة في التعزير فليكن اذ قد ثبتت الزيادة فيه ولابي حنيفة
رحمه الله ان شريحا رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب **روى** محمد بن الحسن في كتاب الاثار انا ابو حنيفة عن الهيثم
ابن ابي الهيثم عمن حدثه عن شريح انه كان اذا اخذ شاهد الزور فان كان من السوق قال للرسول قل لهم ان شريحا
يقرئكم السلام ويقول لكم انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وان كان من العرب ارسل الى مسجد قومه
اجمع ما كانوا فقال للرسول مثل ما قال في المرة الاولى ونحوه ما رواه ابن ابي شيبة ثنا وكيع ثنا
سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور الى مسجد قومه والى السوق ويقول انا قد
زيفنا شهادة الزور هذا وفي لفظ كان يكتب اسمه عنده وقال الخصاف في ادب القاضي ثنا وكيع قال
حدثنا سفيان عن ابي حصين قال كان شريح يبعث بشاهد الزور فادخل بين وكيع وابي حصين سفيان
وقد يقال ليس في هذه ما يصرح بانه لم يضرب بل انه فعل ذلك ولا ينفي هذا ان يكون مع شي اخر
ثم وجدنا هذا المحتمل مرويا قال عبد الرزاق انا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال اتي شريح بشاهد
زور فنزع عمامته عن راسه وخفقه بالدرة خفقات وبعث به الى المسجد يعرفه الناس غير ان ابا حنيفة
قال انا فرضنا انه وقع الضرب وقد قلنا انه انما يعرف شاهد زور باقراره فكان ذلك قبل ان يدري
شاهد الزور الراجع انه يفعل به ذلك فقد كان يظن انه لا يحبس ولا يضرب فرجع فحين ترتب على رجوعه
الضرب وصار ذلك مستقرا في النفوس يكون صارفا لها عن الرجوع وحاملا على التمادي فوجب ان
يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير هذا بعد العلم بانه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز ان يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى اخر واما الجواب بان ما روي
من ضرب عمر والتسخيم كان سياسة فاذا راى الحاكم ذلك مصلحة كان له ان يفعله فقد يرد بما ذكرنا
من كتابة عمر به الى عماله في البلاد واما الاستدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ
بالتعزير الى الحدود فليس بشي لان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقد اجاز عالم المذهب ابو
يوسف رحمه الله ان يبلغ به خمسا وسبعين فجاز كون راي عمر رضي الله عنه كذلك واما كون التسخيم
مثلة منسوخة فقد يكون راي عمر رضي الله عنه ان المثلة ليست الا في قطع الاعضاء ونحوه مما في البدن
ويدوم لا باعتبار عرض يغسل فيزول والله اعلم انه قد قيل ان المسألة على ثلاثة اوجه ان رجع على سبيل الاصرار
مثل ان يقول لهم شهدت في هذه بالزور ولا ارجع عن مثل ذلك فانه يعزر بالضرب بالاتفاق وان
رجع على سبيل التوبة لا يعزر اتفاقا وان كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور وقيل لا اختلاف بينهم
فجواب ابي حنيفة في التائب لان المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعي الله تعالى وجوابهما فيمن لم

يثبت ولا يخالف فيه ابو حنيفة والتسخيم بالخ عطف على قوله بعد دلالة التبليغ يقال سخم وجهه اذا سوده من
السخام وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفي المغني ولا يسخم وجهه
بالخاء والحاء

كتاب الرجوع عن الشهادة

لما كان هذا الكتاب رفع
الشهادة وما تقدم ايجاب اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا الكتاب كما ترجم ذاك للموازاة بينهما
والا فليس لهذا ابواب لتعدد ابواب مسايله ليكون كتابا كما لذاك ولتحققه بعد الشهادة اولا رفع الا
بعد الوجود ناسب ان يجعل تعليمه بعده كما ان وجوده بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور وهو
ان الرجوع لا يكون غالبا الا لتعمدها عمدا وخطا **قوله** اذا رجع الشهود عن شهادتهم سقطت عن
الاعتبار فلا يقضى بها لان كلامهم يناقض حيث قالوا نشهد كذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ولانه
اي كلامه الذي يناقضه وهو المتاخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضا باحدهما بعينه اولى به
من الاخر فتوقف كل منهما قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء او بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع
ظاهر في انه توبة عن تعمد الزور ان تعمده او التهور والعجلة ان كان اخطا فيه ولا تعزير على التوبة ولا على
ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر **قوله** ولا ضمان عليهم لانهم لم يتلفوا شيا على المشهود له او عليه
قوله فان حكم الى اخره اذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وان رجعوا بعده لم ينفسخ الحكم لما تقدم من ان
الكلام الثاني ليس اولى من كلامهم اولا ولا الاول اولى من الثاني فتعارضا ولا مرجح قبل الحكم لاحد الكلامين
فلا يحكم باحدهما وبعده ترجح الاول لاتصال القضاء به لانه موكد بحكمه وقع في حال لا معارض له
فلا ينقض الاقوى بالادنى لكن عليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم وانما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم
شهادتهم اعني القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بانه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين
بان تسببهم في ذلك الاتلاف كان تعديا لانه وقع على خلاف الحق والتسبب في الاتلاف تعديا سبب
الضمان وكان ابو حنيفة اولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع افضل من حالهم وقت
الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضا ويرد المال
على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء او دونه يعزرون ولا ينقض القضا ولا
يجب الضمان على الشاهد وهذا قول استاذه حماد بن ابي سليمان ثم رجع الى انه لا يصح رجوعه في حق
غيره على كل حال فلا ينقض القضا ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما **قوله** ولا يصح الرجوع
الا بحضرة الحاكم سواء كان هو القاضي المشهود عنده او غيره وزاد جماعة في صحة الرجوع ان يحكم
القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه اشار المصنف حين قال واذا لم يصح في غير مجلس القاضي
فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو اقام بينة على هذا الرجوع
لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا تقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال حتى
لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك
ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع
او الضمان وترك بعض المتاخرين من مصنفي الفتاوي هذا القيد وذكر انه انما تركه تعويلا على هذا الا
وتفرع على اشتراط المجلس انه لو اقر شاهد بالرجوع في غير المجلس واشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه
شي ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا ان لزوم المال عليه كان لهذا الرجوع ولو اقر في مجلس

قاض

قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي اسند رجوعه
ولو رجعا عند القاضي ثم جحدا تقبل البينة عليهما ويقضي بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط
مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين اولهما ان الرجوع فسخ للشهادة فكما اشتراط للشهادة المجلس كذلك
بفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع ابدا الفرق بان اشتراط المجلس ليتصور الاداء عنده بالضرورة
بخلاف الرجوع لان حاصله اقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والاقرار بالضمان لا يتوقف على
مجلس القضا **واجاب** في النهاية بان ما شرط للابتداء يشترط للبقاء كالبيع شرط فيه وجود المبيع
فكذا في فسخه وهذا ايضا مما يحتاج الى اثبات الملازمة مع ان الاتفاق ان شرط ذلك في فسخ البيع
انما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فانه الضمان
ويمكن اثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو نقضا اورد على ما ذكره من ان شرط الابتدا شرط البقا بالسلم
حيث يشترط الابتدا به حضور راس المال دون فسخه **واجاب** بمثل ما ذكرنا من ان ذلك الامر
يخص الابتدا لا يوجد في البقا وهو كيلا يلزم الافتراق عن الكالي بالكالي وذلك غير لازم في فسخه
فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدايه وهو نحو ما ذكرنا من ان شرط المجلس ابتدا ليتصور الادا
بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بان ما شرط للابتدا يشترط للبقا لا يناسب ما نحن فيه وهو الدفع
نعم الدفع يرد على حاله بقاء اثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا الى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة
لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو ارخينا العنان في الاخر فانما يكون المشروط
للبقاء المجلس الاول الذي كان شرطا للادا والمجلس المشروط هنا مجلس اخر وذكر بعضهم في وجهه
ان الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة
ظاهر فيه فبينه بان السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى
ان اتحاد المحل انما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه كان
المجلس شرطا لكل من الشهادة ونقضها **والوجه الثاني** ان الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك
الذنب في مجلس القضا فيختص التوبة عنه بمحله ولا شك ان ذلك ايضا غير لازم فيبنوا لم يلزم
شرعية بحديث معاذ رضي الله عنه حين بعثه صلى الله عليه وسلم الى اليمن فقال اوصيك
عليك بتقوى الله ما استطعت الى ان قال واذا عملت شرا فاحدث توبة السر بالسر والعلانية
بالعلانية وانت تعلم ان العلانية لا يتوقف على الاعلام على محل الذنب بخصوصه مع ان ذلك لا
يمكن في مثله مما فيه علانية وهو اذا اظهر للناس الرجوع واشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة
عليه كيف لا يكون معلنا والله اعلم **قوله** واذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا
ضمنا المال للمشهود عليه وهذا مذهب مالك واحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما لانهما
مسببان ولا عبرة بالتسبب وان كان تعديا مع وجود المباشر قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا
ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضا الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه
عليه بعد ظهور العدالة واذا الجاه الشرع لا يضمنه ولانه يوجب عدم القبول القضا من احد
وانما المدعي فلانه اخذ بحق ظاهر لان خبر الرجوع ليس اولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن
جبره على اعطاء ما اخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المسبب

كما في السير في الطريق واعلم ان الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة والصحيح عند الامام والعراقيين
وغيرهم ان الشهود يضمنون كمذهبنا والقول الاخر لا ينقض ولا يرد المال من المدعي ولا يضمن الشهود
وهو عين قول ابي حنيفة الاول اذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الاداء وقد نقض عليه ايضا
بايجاب القصاص على الشهود اذا رجعوا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المقتص
والقاضي واجيب عنه بان ذلك لدليل خاص وهو قول علي لشاهدي السرقة بعدما قطع
ورجعوا وجاؤا باخر وقالوا هذا الذي سرق لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما اخرجه الشافعي
وقال بهذا القول لقول فان نوقض بانه لا يرى تقليد الصحابي امكن الجواب عنه باني انما قلت به لما
ظهر من مناطه من امر الدين اشد من امر المال قلنا الاشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في
احكام الدنيا لجوازه باعتبار امر الآخرة ثم متى نقضي بالضمان على الشاهد قال المصنف اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا لان هذا ضمان اتلاف والاتلاف على المدعى عليه انما يتحقق باخذ المال منه وهذا
مختار شمس الائمة وفرق شيخ الاسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعي اياها بعد
القضاء بها او دينا فلا يضمنان حتى يقبضه المدعي وجه الفرق ان ضمانهما ضمان اتلاف وضمان
الاتلاف مقيد بالمماثلة فاذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وان ازالاه عن ملك المشهود
عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه فلو ازلنا قيمته عن ملكهما لا
الضمان منهما قبل ان يستوفي المشهود له من المشهود عليه انتفت المماثلة لان المستوفى منهما عين
في مقابلة دين او حياه وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه
للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون
له ان يضمن الشاهد شيئا ما لم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى
الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال اولا وكذا العقار يضمن بعد الرجوع ان اتصل
القضاء بالشهادة **فروع** شهدا انه اجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على
المطلوب بعد السنة ولو توفي ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة ولو
شهدا انه ابراه او وهبه او تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا شهدا على هبة عبد وتسليم ثم
رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان ضمن
الواهب الشاهدين له الرجوع شهدا انه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضي به ثم رجعا
يخير البائع بين رجوعه على المشتري الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة
فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر
مائة وتصدقا بالفضل **قوله** والاصل ان المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع لان الشهادة
انما تثبت المال والرجوع انما يوجب الضمان لانه اتلاف له فاذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بابقاء
المال ثابتا لم يتحقق بالرجوع اتلاف شيء من المحال ان يضمن مع عدم اتلاف شيء واما ما اورد من انه ينبغي
اذا رجع احد من الاثنين ان لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء اصلا فيقتضي ان
يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفسه وانما كان الاجماع على نفيه لان اثبات شيء
بشهادة اثنين ينسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على

شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اذا عرف هذا فاذا رجع احد الاثنين لزمه ضمان النصف
لانه اتلفه برجوعه وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي الحق من غير اتلاف
شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان كما اذا اتلف
مال زيد فقضي بضمانه عليه فظهر ان مستحقه عمرو فانه ياخذه ويسقط الضمان لزيد فاولى ان يمنع
الضمان وما نحن فيه من هذا فان بالرجوع اتلف على المشهود له حصته التي اثبتها له بشهادته
وصارت مستحقة للمشهود عليه ببقاء من يبقى كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصة دون المشهود
عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه فان رجع اخر من الثلاثة ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء الثالث
يبقى نصف المال فلو قال الراجع الاول كيف اضمن برجوع الثاني ما لم يلزمني ضمانه برجوع نفسي وقت
رجوعي لا يقبل هذا كما لا يقبل قول احدهم لو رجع الثلثة لا يلزمني شيء لان غيري يثبت به كل الحق
فرجوع غيري موجب عليه لا علي وحقيقة الوجه ان تلف النصف وان كان مما يستقل به رجوع واحد
اذا فرض تحققه مع رجوع جماعة تحاصصوا الضمان لانه ليس احدهما اولى به من الاخر وان شهد رجل
وامراتان فرجعت احديهما ضمنت ربع المال لبقاء ثلثة ارباعه ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا
نصفه لان بشهادة الرجل يبقى نصف الحق وان شهد رجل وعشرة نسوة ثم رجع منهن ثمان لا ضمان عليهن
لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى ضمن التسع ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل
الباقي والربع بشهادة الباقية وان رجع الرجل والنسا فعلى الرجل والنسا فعلى الرجل سدس الحق
وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف
لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام الرجل ولابي حنيفة
ان كل امراتين قامتا مقام رجل قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل ثنتين
منهن شهادة رجل **روى** البخاري من حديث الخدري رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال
يا معشر النسا تصدقن واكثرن من الاستغفار فاني رايتكن اكثر اهل النار فقالت امراة منهن لم يا رسول الله
ما لنا اكثر اهل النار قال تكثرن اللعن وتكفرن العشير ما رايت من ناقصات عقل ودين اغلب لذي لب
منكن قالت يا رسول الله وما نقصان العقل والدين فقال اما نقصان العقل فشهادة امراتين
تعدل شهادة رجل وتمكث الليالي لا تصلي وتفطر في رمضان فصار كما لو شهد بذلك ستة
رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين يعني بالاتفاق
على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف
وهو الرجل كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احديهن اولى بضمان النصف من الاخرين
ولو شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست شاهدة
بل بعض شاهد لان المراتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء
فكان القضا ليس الا بشهادة الرجلين فلا تضمن المراة عند رجوعها شيئا ولو شهد رجل وثلث نسوة
ثم رجع رجل وامراة وجب ضمان نصف المال لبقاء من يبقى بشهادته نصف المال اعني المراتين ثم هو
على الرجل خاصة على قولهما لثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النسا وينبغي في قياس
قول ابي حنيفة ان النصف اثلاثا على الرجل والمراة لان القضا هنا بشهادة الكل من الرجل والنسا على

الشيوع ثم تقام كل امراتين مقام رجل فثلث نسوة مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما
انصافا وعنده اخماسا على النسوة ثلثة اخماس وعلى الرجال خمسان **قوله** وان شهدا الى اخره اذا
ادعى رجل امراة نكاحا بقدر مهر مثلها او ادعاه باقل بان ادعاه بماية ومهر مثلها الف فشهد
بذلك شاهدان فقضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيا في الصور
كما ذكره المصنف وذكر في المنظومة في صورة النقصان انهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف قال في باب ابي يوسف لو اثبتوا نكاحها فاوكسوا ان رجعوا لم يضمنوا اما
بخسوا ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبنيا على مسئلة اختلاف الزوجين في قدر المهر
فان عند ابي حنيفة ومحمد القول قولها الى مهر مثلها فكان يقضى لها بالالف لولا هذه الشهادة فقد
اتلفا عليها تسع ماية وعند ابي يوسف القول للزوج فلم يتلفا على قوله عليها شيا وتبعه صاحب المجمع
وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف وعليه صاحب النهاية وغيره من الشارحين لم ينقلوا اصلا
خلافا ولا رواية وهو المذكور في الاصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والذخيرة وغيرها وانما
نقلوا فيها خلافا للشافعي فلو كان لهم شعور لهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الايمة الثلاثة
لم يعرضوا عنه بالكلية ويشتغلوا بنقل خلاف الشافعي وذكروا وجهه بان البضع متقوم لثبوت
تقومه حال الدخول فكذا في غيره لانه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه واجابوا
بحاصل توجيه المصنف بان تقومه حال الدخول ليس الا لاظهار خطره حيث كان منه النسل المطلوب
في الدنيا والاخرة وغير ذلك من النفع كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون ساير العقود عليه
دون ساير العقود لذلك لا لاعتباره متقوما في نفسه كالاعيان المالية لانه لا يرد الملك على
رقبته والمنافع لا تتقوم فلا يضمن لان التضمين يستدعي المماثلة بالنص ولا مماثلة بين الاعيان
التي تحرز وتتمول والاعراض التي تتصور ولا تبقى وفرع في النهاية على الاصل المذكور خلافه
فيما اذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعوا بعد القضا بالفرقة لم يضمنوا عندنا وكذا اذا
قتل رجل امراة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيا وكذا اذا ارتدت المراة لا شي عليها لزوجها
وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل واورد على قولنا نقضا انهم اوجبوا الضمان باتلاف
منافع البضع حقيقة فيما اذا اكره مجنون امراة فزنى بها يجب في ماله مهر المثل فكذا في الاتلاف
الحكمي واجاب نقلا من الذخيرة بانه في الاتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس والحكمي دونه
فلا يكون الوارد في الحكمي ونظيره ما في شرح الطحاوي لو ادعى انه استاجر الدار من هذا شهرا بعشرة
واجرة مثلها ماية والموجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لا ضمان عليهما لانهما اتلفا المنفعة ومتلف
المنفعة لا ضمان عليه **قوله** وكذا اي لا ضمان عليهما اذا شهدا على رجل بتزوج امراة بمهر
مثلها بان ادعت امراة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضي به
ولا يضمنان ما اتلفاه عليه من مهر المثل لانهما عوضا ملك البضع وهو متقوم حال ورود
التمليك عليه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وانما كان كذلك لان مبنى الضمان على المماثلة
كما ذكرنا ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج والاتلاف بلا عوض وهو
الذي يحكم به على الشاهدين وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة على مهر المثل

لانهما اتلفاها بلا عوض وهي من الاعيان التي تقع المماثلة بالتضمين فيها **قوله** وان شهدا ببيع شي
بمثل القيمة او اكثر بان ادعى ذلك مدع فشهدا له به ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى
العوض وان شهدا به باقل من القيمة ثم رجعا ضمنا نقصان القيمة لانهما اتلفا هذا القدر عليه بلا
عوض هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن فلو شهدا به وبنقد الثمن ثم رجعا فاما ان يشهدا
في شهادة واحدة بان يشهدا انه باعه هذا بالف واوفاه الثمن او في شهادتين بان شهدا بالبيع
فقط ثم شهدا بان المشتري اوفاه الثمن ففي الاول يقضي عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن وفي الثاني
يقضي عليهما بالثمن للبايع ووجه الفرق ان في الاول المقضي به البيع دون الثمن لانه لا يمكن القضا
بايجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضا بالايفاء ولهذا قلنا لو شهد اثنان على
رجل انه باع من هذا عبده واقاله بشهادة واحدة لا يقضي بالبيع لانه قارن القضا به ما يوجب
انفساخه وهو القضا بالاقالة فكذا هذا واذا كان المقضي به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض
فيضمنان القيمة بخلاف ما اذا كان بشهادتين فان الثمن يصير مقضيا به لان القضا بالثمن لا
يقارنه ما يسقطه لانهما لم يشهدا بالايفاء بل شهدا به بعد ذلك واذا صار الثمن مقضيا به ضمناه
برجوعهما ثم قال المصنف ولا فرق بين كون البيع باتا او فيه خيار البايع لان السبب يعني البيع هو
السابق حتى يستحق المشتري المبيع بزوايده وقد ازاله بشهادتهما فيضاف الحكم اليه عند سقوط
الخيار اليه فانضاف التلف الى الشهود وهذا جواب عن سوال ذكره في المبسوط حاصله ينبغي
ان لا ضمان عليهما لانهما اذا اثبتا البيع بشرط الخيار للبايع وبه لا يزول ملكه عن المبيع وانما يزول
اذا لم يفسخ حتى مضت المدة واذا لم يفسخ حتى مضت كان مختارا في ازالة ملكه الى الغير فلا يجب الضمان
والجواب ان سبب التلف العقد السابق وثبوتهم فيضاف اليهم غاية الامر انه سكت الى ان مضت
المدة وهو لا يستلزم رضاه لجواز كونه لتحرزه عن ان يضاف اليه الكذب لانه قد انكر القول
فاذا فسخ كان معترفا بصدوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه والعاقل يحترز عن مثله وكذا
لو شهدا بالعقد على ان فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن
الذي شهدا به ضمناه ولو ان المشهود عليه بالشرا اخذه في المدة سقط الضمان عنهما لانه اتلف
ماله باختياره كما اجازه البايع في شهادتهما بالخيار له بثمن ناقص عن القيمة تسقط ايضا **قوله** وان
شهدا انه طلق امراته قبل الدخول فقضى بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر هذا اذا كان في
العقد مهر مسمى فان لم يكن ضمنا المتعة لانها الواجبة فيه وذلك لانهما اكدا ما كان على شرف السقوط
وعلى المؤكد ما على الموجب اما كونه على شرف السقوط فلان المهر يسقط لو ارتدت الزوجة والعياذ
بالله او طاوعت ابن زوجها سقط المهر اصلا واما ان على المؤكد ما على الموجب فمسئلتين هما
ما اذا اخذ محرم صيد الحرم فقتله في يد اخر يجب الجزا على الاخذ ويرجع على القاتل لانه اكد
ما كان بحيث يسقط بان يتوب فيطلقه وما اذا اكره رجل اخر على الطلاق قبل الدخول فان
على الزوج نصف المهر ويرجع به على المكره وكذلك بارتدادها ونحوه ولان الفرقة قبل الدخول
في معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح اي من باب المهر من ان الطلاق قبل الدخول يعود
المعقود عليه اليها كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شي ثم يجب نصف المهر ابتدا فقد اوجبا بشهادتهما

عليه ما لا يجب ضمانه عليهما وانما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لانه ليس حينئذ الفسخ والا لم ينتقض
من عدد الطلاق شيء فانما هو في معناه لسبب عود المعقود عليه اليها سالما ولم يذكر المصنف ما لو شهدا
بالطلاق بعد الدخول مع انه مذكور في القدوري والبداية وحكمه انه لا يجب ضمان لان البضع لا
تقوم له حال الخروج وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه ما لا بلا عوض وفي
التحفة لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان بقدر مهر المثل اتلاف بعوض وهو منافع البضع التي
استوفاها ثم المعروف ان الشاهدين لا يضمنا سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف وخرج بعضهم ان ذلك
قول ابي حنيفة وابي يوسف اما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر الى تمامه لانهما برجوعهما
زعما ان الزوج لم يطلقها وانما وقع بالقضاء به فعند ابي حنيفة وقوعه بالقضا كايقاع الزوج وبايقاع
الزوج ليس لها الا النصف وعند محمد القضا ليس ايقاعا منه فبقي حقها ثابت في كل المهر وفوتاه
بشهادتهما فقد اتلفاه انتهى والوجه عدمه لان القضا بالوقوع انما هو عنه تكذيبا له في امكان
الطلاق على ان نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة ولا يعول عليه **قوله** وان شهدا انه
اعتق عبده فقضي بالعتق ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا عليه مالا متقوما بلا عوض فيضمنان
سواء كانا موسرين او معسرين لانه ضمان اتلاف وهو لا يتقيد باليسار والولا للمولى لان العتق من
جهته وهو وان كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا وانما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لان العتق لا
يقبل الانتقال ولا يكون الولا عوضا نافيا للضمان لانه ليس بمال بل هو كالنسب سبب يورث به ولو
كانا شهدا بتدبير العبد وقضي به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبرا وغيره وقد سلف في كتاب العتق
قدر نقصان التدبير وان مات المولى بعد رجوعهما فعتق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا للورثة
ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته والفرق بينهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما
فكانا غاصبين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فانه لا حول بين المولى ومدبره بل ينقص ماليته ثم
اذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لانهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي
اليهما الجميع كما كان مع المولى وولاؤه للذين شهدا عليه بالكتابة وان عجز رد في الرق كان الولاء لان
رقبته لم تصر مملوكة للشاهدين بالضمان لان المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ويرد المولى ما اخذ
منهما لزوال الحيلولة برده في الرق فهو كغاصب المدبر اذا ضمن قيمته بعد اباقه ثم رجع يكون مردودا على
المولى ويرد المولى على الغاصب ما اخذه منه ولو كانا شهدا على اقراره بان هذه الامة ولدت منه فقضي
بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بان تقوم امة وام ولد لو جاز بيعها مع الامومية
فيضمنان ما بين ذلك فان مات المولى بعد ذلك فعتقت كان عليهما بقية قيمتها امة للورثة وان شهدا
نصا في شهادتهما على اقراره في ابن في يده انه منه بان شهدا على انه اقر انها ولدت منه هذا الولد
كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد فان قبضها ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه ان يرد على
الشاهدين مما ورث مثل ما كان الميت اخذه منهما من قيمته وقيمة امه لانهما يقولان الميت اخذه بغير حق
وانه دين في تركته لهما والذي عندي انه ينبغي ان يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لانهما اتلفاه
عليهم بشهادتهما **قوله** واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتص منهما وهو قول
مالك خلافا لاشهب والدية على عاقلة الشهود ومذهب احمد ان قالا اخطانا ضمنا الدية في مالهما

وان قالا تعمدنا اقتص منهما وقال الشافعي لا يقتص لوجود القتل منهما تسبيبا فاشبه الشاهد
المكره فانه مسبب بشهادته في قتل الولي كان المكره تسبب بالكراهة في قتل المكره فيقتل كما يقتل
المكره بل هو اولى منه لان ولي القصاص بعد الشهادة يعان على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه احد
والمكره لا يعان على القتل بالكراهة بل يمنع وينكر عليه للعلم بانه محظور عليه ولنا ان القتل من الشاهد
لم يوجد تسبيبا لان التسبيب ما يفضي اليه الى ما تسبب فيه غالبا والشهادة لا تفضي الى قتل الولي
على وجه الغلبة وان افضت الى القضا بل كثيرا ما يقع ثم تعنت الناس في الصلح على الدية بل على قدر بعضها
فلم تفض غالبا اليه بل قد وقد من الناس من يغلب عليه طلب التشفي ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال
يرى انه جمع بين ما هو الاحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا واخرى ولا شك ان هذا
بالنظر الى مجرد ذاته ومفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة الى القتل فكيف اذا علم كثرة وقوعه واذا
انتفى التسبب حقيقة من الشاهد انتفى قتله بخلاف المكره يعني بخلاف الولي المكره لان الغالب ايثار
حيوته على حيوة غيره فكان المكره باكراهه مسببا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضي للقتل
بسبب الايثار الطبيعي ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتفاء الجامع وهو اثبات ما يفضي غالبا الى الفعل
ووجه اخر وهو ان الفعل الاختياري في الاختيار الصحيح اعني قتل الولي المعترض بعد الشهادة مما يقطع
نسبة الفعل الى الشاهد كما عرف فيمن فك انسان قيده فابق باختياره وامثاله كمن دفع انسانا في بير
حفرها غيره تعديا فانه بدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف الى الحافر فلا وجود للسبب مع المباشر
المختار بخلاف المكره فانه وان عرض فعله الاختياري على الاكراه لكن اختياره اختيار فاسد للاكراه
عليه فكان كلا اختيار ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا اجازة بيعه ولا اجارته ونحوها فلم
يصلح لقطع شبه الفعل عن المكره فاعتبر المكره كالاله للمكره فقتل بها ذلك القتيل على انه لو لم يقطع
الاختيار الصحيح النسبة الى الشاهد فلا اقل من ان يوجب شبهة في ايجاب القصاص عليه والقصاص
يندرئ بالشبهات بخلاف المال فانه يثبت مع الشبهة وقوله فاشبه المكره بكسر الراء وقوله
والمكره يمنع بفتحها والمراد بالمختلف مختلف الرواية للفقيه ابي الليث وفي شرح الجامع الكبير للعتابي اذا
شهدوا على رجل انه قتل فلانا خطا او عمدا فقضي بذلك واخذ الولي الدية في الخطا وقتل القاتل
في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا فالعاقلة في الخطا ان شاؤا رجعوا على الاخذ لانه اخذ بغير حق
ولا يرجع على احد وان شاؤا ضمنوا الشهود لانهم تسببوا للتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي
لانهم ملكوا المضمون وهو الدية باداء الضمان فتبين ان الولي اخذ مالهم وفي العمد لا يجب القصاص
على الولي ولا على الشهود لان القضا اورث شبهة لكنه تجب الدية وتخير ورثة المقتول بين ان ضمنوا
الولي الدية ولا يرجع هو على احد وبين ان يضمنوا الشاهدين وهما لا يرجعان عند ابي حنيفة
لانهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لانه لا يقبل التمليك لانه ليس مالا وعندهما يرجعون بما
ضمنوا لان اداء الضمان انعقد سببا لملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله
فيثبت في بدله كمن غصب مدبرا وغصبه اخر ومات في يده وضمن المالك الاول يرجع على الثاني
بما ضمن لما قلنا كذا هذا **قوله** واذا رجع شهود الفرع ضمنوا وهذا بالاتفاق لان الشهادة
التي في مجلس القضا وهي التي بها القضا صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع شهود

الاصل وثما لو الم فشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضمنوا ولم يذكر المصنف رحمه الله خلافا وفي
شرح القدوري لابي نصر البغدادي قال هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يضمنون
وهو رواية عن ابي حنيفة انتهى وذكر ابو المعين في شرح الجامع الكبير فيما اذا شهد فرعان على
شهادة شاهدين على رجل انه قتل فلان بن فلان خطا فقضي بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم
جاء الشهود بقتله حيا لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كذبهم بيقين لجواز ان الاصلين
اشهداهما غير ان الولي يرد للعاقلة ما اخذ منها فلو حضر الاصلان وقالا لم نشهدهما لم
يلتفت الى انكارهما ولا ضمان على الاصلين اما على قول ابي حنيفة وابي يوسف فلانهما لو رجعا
بان قالا اشهدناهما بباطل لا ضمان عليهما لان شهادتهما واشهادهما للفرعين كانا في غير مجلس القضا
فلا يكون سببا للضمان كالرجوع في غير مجلس القضا فاذا لم يضمنا بالرجوع فكذا اذا ظهر المشهود بقتله
حيا فاما عند محمد فيضمنان بالرجوع ثم قال هنا لا يضمنان يعني قال محمد في انكار الاصول الاشهاد
لا يضمن الاصلان ثم ذكر ترددا في انه قاله على انه قول ابي حنيفة وابي يوسف خاصة او قاله اتفاقا
واما صاحب النهاية فصرح بان عدم الضمان بالاجماع قال المصنف في وجهه لانهم انكروا اي شهود
الاصل السبب وهو الاشهاد وذلك لا يبطل القضا لانه خبر يحتمل الصدق والكذب فصار
كرجوع الشاهد بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا بخلاف ما اذا انكروا الاشهاد قبل القضا
لا يقضي بشهادة الفرعين كما اذا رجعوا قبله هذا اذا قالوا لم نشهدهم فان قالوا اما اشهدناهم
وغلطنا او اشهدناهم ورجعنا ضمن الاصول هكذا اطلق القدوري وحكم المصنف بان الضمان قول
محمد اما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا ضمان على الاصول لمحمد ان الفرعين نقلا شهادتهما الى المجلس
ووقع القضاء بها كانهما حضرا بانفسهما واديا فاذا رجعا ضمنا وغاية الامر ان تكون شهادتهما
ليست في المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار انها المنقولة فعملنا بالحقيقة عند عدم الرجوع ولا
حاجة الى اعتبار الفرعين نائبين عن الاصلين فيكون نقلهما كفعلهما لم ترتفع فانه لو كان كذلك لعمل
منع الاصلين اياهما عن الاداء بعد التحمل ولا يعمل فيهما بل عليهما ان يؤديا لو منعاهما بعد التحمل
ولابي حنيفة وابي يوسف ان القضا انما وقع بشهادة الفروع لانهم يشهدون بشهادة الاصول فهو
كما لو شهدوا بحق اخر انما يقضي به بشهادتهم وهذا لان القاضي انما يقضي بما عاين من الحجة وهو شهادتهم
واذا ثبت ان القضا ليس بشهادتهما لم يضمن غيرهما وتداخل المصنف دليل محمد وعادته ان يكون الراجح
عنده ما اخره **قوله** ولو رجع الاصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير بناء
على ما عرف لهما من ان القضا انما وقع بشهادة الفروع والضمان انما يكون برجوع من قضي بشهادته
وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة
الفروع من الوجه الذي ذكراه وهو قولهما ان القضا بما عاين القاضي من الحجة وانما عاين شهادة
الفروع ومن الوجه الذي ذكره محمد وهو ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فالقضا بالشهادة المنقولة
وهي شهادة الاصول وقوله والجهتان متغايرتان جواب عما يقال لم لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا
من الفريقين نصف المتلف فقال هما متغايرتان لان شهود الاصل يشهدون على اصل الحق وشهود
الفرع يشهدون على شهادتهم وقيل لان احدهما اشهاد والاخرى اداء للشهادة في مجلس القضا

ولا مجانسة بين الشهادتين فلا يعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بامر واحد فلهذا لم يجمع
بين الفريقين في التضمين بل اثبت له الخيار في تضمين اي الفريقين شاء ولا يرجع الاحد من الفريقين اذا ضمن
بما ادى على الفريق الاخر بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب فانه اذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لان كلا
من الشهود مواخذ بفعله فاذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الاخر بسبب المتلف نقل شهادة لا
اذ لولا اشهاد الاصول لما تمكن الفروع من النقل ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الاصول
والفروع في حق المشهود عليه سبب للضمان اما الفروع فبالنقل واما الاصول فبتحميلهم الفروع على النقل
اذ تحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثمون لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه **قوله** وان رجع
المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال اطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره ان ذلك
قول ابي حنيفة وعندهما لا يضمنون لان القضا الذي به الاعلان لم يقع بالتزكية بل بالشهادة
فلم يضف التلف اليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية
اتفاقا ولابي حنيفة ان التزكية علة اعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا الى
التزكية لان الحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة بخلاف الاحصان لانه ليس العلة في القتل
بل العلة فيه الزنا والاحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل الموجب
الضمان بل هو شرط محض اي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان او جلدا
ليس الا الزنا الا انه قد يقال من طرفهما ان الحكم لا يضاف الى علة العلة الا عند عدم العلة وعند
وجودها لا يضاف الا اليها وهنا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم احرار
مسلمون فرجم ثم تبين انهم عبيد او كفار فان ثبت المزكون على انهم احرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على
الشهود اما الشهود فلانه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع ان لا شهادة على المسلمين من عبيد او كفار
واما المزكون فلانهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس اخبارهم القاضي بذلك شهادة اما لو رجعوا
وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة وعندهما الدية في بيت المال في الرجمين
لان المزكين ما اثبتوا سبب الاتلاف وهو الزنا انما اثنوا على الشهود خيرا وابو حنيفة يقول جعلوا
ما ليس بموجب اعني الشهادة موجبا بالتزكية الى اخره يعني ما ذكرنا **قوله** واذا شهد شاهدان
باليمين اي شهدا بتعليق طلاق زوجته قبل الدخول بها بدخول الدار وبتعليق عتق عبده به ثم شهد
اخران بدخول الدار فقضي بالطلاق والعتاق ثم رجع الفريقان فالضمان لنصف المهر وقيمة العبد
على شهود اليمين خاصة واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فانه يوجب الضمان على الفريقين بالسوية
قال لان التلف حصل بشهادتهم قلنا القضا بالعتق والطلاق انما هو بثبوت قوله انت طالق وانت
حر فانه العلة في الفروع وهو الذي سماه المصنف السبب وذلك انما اثبته شهود اليمين بخلاف
شهود الدخول لان الدخول لم يوضع علة شرعا للطلاق والاعتاق فلم يكن علة واذا ضمن الدافع مع
وجود الحافر وهما مسببان غير ان الدافع مثبت لسبب اقرب من الحفر لان العلة انما هي الثقل فلان
يضمن مباشر العلة دون مباشر السبب اولى ومن هذا اذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها
نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لان الاختيار هو العلة والتخيير سبب ولا يلزم على هذا
اذا شهدا انه تزوج فلانة وشهد اخران انه دخل بها وقضي بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود

الدخول وان كان وجوب المهر بالتزوج لان شهود الدخول اثبتوا ان الزوج استوفى عوض ما وجب عليه
بالتزوج فخرجت شهادتهما من ان تكون اتلافا ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود اليمين بالضمان ان يجب
على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بسببهم باثباتهم ما يثبت السبب عنده بخلاف ما اذا رجع معهم
شهود اليمين وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ قال العتابي قال اكثر المشايخ يضمنون لانهم
تسببوا في التلف بغير حق لان له اثرا في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان عند عدم العلة
بخلاف الاحصان لانه اثر في منع وجود العلة لان الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا
لاسبا اثباته فلا يلحق بالعلة وجعل شمس الائمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ما ذكرنا من كلام العتابي
ثم قال وهذا غلط بل الصحيح من المذهب ان شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الروايات لان
قوله انت حر مباشرة الاتلاف وعند وجود الشرط يضاف اليه لا الى الشرط سوا كان تعديا او لا
بخلاف مسئلة الحفر فالعلة هناك ثقل الماشي وذلك ليس من مباشر الاتلاف في شي فلهذا يجعل الاتلاف
مضافا للشرط وهو ازالة المسكة ثم لا يخفى عليك ان صورة رجوع شهود الشرط وحدهم اذا اقر
بالتعليق فشهدا بوجود الشرط واما لو لم يقر الا ان شهدا شاهدان عليه بالتعليق واخران بوجود الشرط
ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي ان يختلف في عدم الضمان عليهم • والله سبحانه وتعالى اعلم •

• • كتاب الوكالة • •

اعقب الشهادة بالوكالة لان كلا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره الموكل والمدعى معتمد
عليه كل منهما والوكالة لغة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل وهو تفويض امرك الى من وكلته اعتمادا
عليه فيه ترفها منك او عجزا عنه والوكالة ابدا اما للعجز او للترفه وكل منهما للضعف ولذا كان معنى
الوكل من فيه ضعف وفسر قول لبيد • وكانى ملجم سوذانقا • احدليا كره غير وكل • والسوذانق
والسوذق والسوذنيق الشاهين والاجدل الصقر نسب فرسه اليه ووكله جعله وكيلا اي مفوضا
اليه الامر ومنه وكل امره الى فلان ومن هذا قول الحطيه • فلابا قصرت الطرف عنهم بحرة امون
اذا واكلتها لا تواكل يعني اذا فوضت امرها اليها لا تواكل نفسها الى ان احثها على السير بل تستمر على جد
في السير ولا تضعف فيه وتوكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت واصله اوتكلت قلبت الواو
ياء لسكونها وانكسار ما قبلها ثم ابدلت تاء فادغمت في تاء الافتعال • واما الوكيل فهو القائم بما
فوض اليه من الامور وهو فعيل بمعنى مفعول اي موكول اليه الامر فاذا كان قويا على الامر قادرا عليه
نصوحا تم امر الموكل فاذا رضي الله سبحانه ان يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم
فكيف اذا اوجبه عليك لتتحقق مصلحتك تفضلا منه قال الله عز وجل رب المشرق والمغرب
لا اله الا هو فاتخذه وكيلا وعلى هذا استمرار احسانه وبره لا الدعم واما شرعا فالتوكيل اقامة
الانسان غيره مقامه في تصرف معلوم فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به ادنى تصرفات الوكيل
وهو الحفظ فقط • وفي المبسوط قال علماؤنا فيمن قال لاخر وكلتك بمالي انه يملك بهذا اللفظ
الحفظ فقط وقال الامام المحبوبي اذا قال لغيره انت وكيل في كل شي كان وكيلا بالحفظ واما سببها فالحاجة
الحاجة المتحققة اليها كما سيظهر في كلام المصنف واما ركنها فالالفاظ الخاصة التي بها تثبت من
قوله وكلتك ببيع هذا او شرائه مع اقترانه بقبول المخاطب صريحا او دلالة فيما اذا سكت فلم يقبل

اورد ثم عمل فانه ينعقد ويظهر قبوله بالعمل وروى بشر عن ابي يوسف انه اذا قال لغيره احببت
ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او رضيت او وافقني او شئت او اردت ونحو ذلك فهو توكيل
ولو قال لا انهاك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا فلو طلق لا يقع ولو قال لعبده لا انهاك عن التجارة
لا يصير ماذونا قال الفقيه ابو الليث الجواب في الوكالة كذلك اما في الاذن يجب ان يكون ماذونا
في قول علمائنا لان العبد بسكوت المولى يصير ماذونا وهذا فوق السكوت ذكر في الذخيرة ولابد
من كون المعنى ان قوله لا انهاك في حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته اذا راه يبيع ونقل
عن المحبوبي انت وكيلي في كل شي بالحفظ قال فلو زاد فقال انت وكيلي في كل شي جائز صنعك وامرك
فعند محمد يصير وكيلا في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق حتى ملك ان
يعتق على نفسه من ماله وعند ابي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وفي
فتاوى بعض المتاخرين عليه الفتوى وكذا لو قال طلقت امراتك او وقفت ارضك الاصح
انه لا يجوز ومثله اذا قال وكلتك في جميع اموري ولو قال فوضت امر مالي اليك يصير وكيلا
بالحفظ فقط وكذا فوضت امري اليك الصحيح انه مثله وفي المبسوط اذا وكله بكل قليل او كثير
فهو وكيل بالحفظ لا بالتقاضي ولا بالبيع ولا بالشرا ولو فوضت لك امر مستغلاتي وكان اجرها ملك تقاضي
الاجرة وقبضها وكذا امر ديوني ملك التقاضي وامر دوابي ملك الحفظ والرعي والتعليف
وامر مماليكي ملك الحفظ والنفقة او فوضت اليك امر امراتي ملك طلاقها واقتصر على المجلس
بخلاف ما لو قال وكلتك والوصاية حالة الحيوة وكالة كالوكالة بعد الموت وصاية لان
المنظور اليه المعاني فوكلتك في كل اموري واقمتك مقام نفسي ليس توكيلا عاما فان كان له صناعة
معلومة كالتجارة مثلا ينصرف الى ذلك وان لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته مختلفة
فالوكالة باطلة ولو قال وكلتك في جميع الامور التي يجوز فيها التوكيل فتوكيل عام يتناول البياعات
والانكحة واما شرطها فماسياتي عند قوله ومن شرط الوكالة ان يكون الوكيل ممن يملك التصرف
وتلزمه الاحكام واما صفتها فانها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل
العزل بلا رضى الاخر كما سيجي ان شاء الله تعالى ولكون شرعيتها غير لازمة رد المحققون قول بعض
المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فانت وكيلي انه لا يملك عزله لانه كلما عزله تجدد وكالته بان
تعليق الوكالة بالشرط جائز فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق امكان
عزله ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل فقيل ان يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق
والمنجز وقيل لا يصح لان العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق في المنجز لان المعلقة بالشرط
عدم قبل وجود الشرط فالصحيح ان يقول عزلتك عن الوكالة المقيدة ورجعت عن الوكالة المعلقة
والرجوع عنها صحيح • وقال الفقيه ابو جعفر وظهير الدين يجب ان يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل
عن المنفذه لانه اذا قدم العزل عن المنفذه تتنجز وكالة اخرى من المعلقة قيل وهذا انما يلزم
اذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احترازا عن قول ابي يوسف ان الاخراج عن المعلقة بلفظ العزل
لا يصح واما على قول محمد انه يجوز فلا وهو المختار واما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ما وكل به وثبوت
حكمه للموكل ولا بد من تقييده بكونه الحكم الاصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به والا

عات

من احكام البيع المتمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وليس يثبت ذلك للموكل
قوله كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به هذا ضابط لاحد فلا يرد عليه
ان المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذمي به لان ابطال القواعد بابطال الطرد لا العكس
ولا يمكن طرده عدم توكيل الذمي مسلما ببيع خمره وهو يملكه لانه يملك التوصل به الذمي فيصدق
الضابط لانه لم يقل كل عقد يملكه يملك توكيل كل احد به بل التوصل به في الجملة وانما يرد عليه
توكيل الوكيل الذي لم يفوض له التصرف مطلقا فانه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك التوكيل
به فتذكر وان المراد بملكه بمجرد اهليته استبداد الابتداء على اذن غيره **قوله** قوله صح عن النبي صلى الله
عليه وسلم الى اخره اما وكالة حكيم فرواية ابي داود بسند فيه مجهول انه صلى الله عليه وسلم
بعثه بدينار يشتري له اضحية فاشتراها بدينار وباعها بدينارين فرجع فاشترى اضحية بدينار
وجاء بدينار واضحية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعا
ان يبارك في تجارته ورواه الترمذي عن حبيب بن ابي ثابت عن حكيم وقال لا نعرفه الا من هذا
الوجه وحبيب لم يسمع عندي من حكيم الا ان هذا داخل في الارسال عندنا فيصدق قول المصنف
صح اذا كان حبيب اماما ثقة، واخرج ابو داود عن شبيب بن غرقدة قال حدثني الحي عن عروة البارقي
قال اعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشتري اضحية او شاة فاشترى شاتين فباع
احدهما بدينار واتاه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا ربح فيه
واخرجه ايضا ابو داود والترمذي وابن ماجه واحمد عن ابي لبيد واسمه لمازة بن زبار عن عروة
فذكره والذي يتحقق من هذا اظن ان هذه القضية وقعت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم او مع
عروة او كل منهما بناء على انهما واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال واما انه وكل عمر بن
ابي سلمة بالتزويج فاخرج النسائي عن ثابت حدثني ابن عمر بن ابي سلمة عن ابيه عن ام سلمة ان
النبي صلى الله عليه وسلم بعث اليها يخطبها فارسلت اليه اني امراة مصبية واني غيراء وانه
ليس احد من اوليائي شاهدا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما كونك غيراء فادعو الله
فيذهب غيرتك واما كونك مصبية فان الله سيكفيك صبيانك واما ان احدا من اوليائك
ليس شاهدا فليس احد من اوليائك لا شاهد ولا غائب الا سيرضى بي فقالت ام سلمة قم يا عمر
فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه اياه ورواه احمد وابن راهويه وابو يعلى وابن
حبان في صحيحه والحاكم وقال صحيح الاسناد واسم ابن عمر ابن ابي سلمة سعيد سماه غير حماد بن سلمة
ونظر فيه ابن الجوزي بعلة باطنة وهي ان عمر كان اذ ذاك يعني حين زوجها عليه السلام سنة
اربع او ثلث سنين فكيف يقال لمثله زوج واستبعده صاحب التنقيح ابن عبد الهادي قال
وان كان الكلاباذي وغيره قاله قال ابن عبد البر قال انه ولد في السنة الثانية من الهجرة الى
الحبشة ويقوي هذا ما اخرجه مسلم عن عمر بن ابي سلمة انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن القبلة للصائم فقال صلى الله عليه وسلم سل هذه فاخبرته امه ام سلمة انه عليه السلام
يصنع فقال عمر يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تاخر فقال صلى الله عليه وسلم
اما والله اني لاتقاكم لله واخشاكم وظاهر هذا انه كان كبيرا ثم لا يخفى ان ظاهر اللفظ يقتضي انه

كان وكلا

كان وكلا عن امه لانها هي القائلة قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما يفيد
ذلك حديث اخرجه البيهقي من طريق الواقدي انه صلى الله عليه وسلم خطب ام سلمة الى ابنها عمر
ابن ابي سلمة فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير الا انهم يضعفون
الواقدي خلافا لنا وفيه دليل على صحة وكالة الصبي العاقل خلافا لهم ان نظرنا الى الحديث الواقدي
فظاهر والى الحديث الصحيح فلانه لم يزوجها بحكم الولاية على امه لان الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه
بحكم الوكالة والله اعلم وقد قيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه هو المقول له زوج والمزوج
هو سلمة بن ابي سلمة ومما يدل على شرعية الوكالة ما اخرجه ابو داود عن ابن اسحق في كتاب القضاء
حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله انه سمعه يقول اردت الخروج الى خيبر فاتيت رسول الله
صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت اني اريد الخروج الى خيبر اذن انت وكيلي فخذ منه خمسة
عشر وسقا فان ابتغى منك اية فضع يدك على ترقوته وابن اسحق عندنا من الثقات واما على توكيل
علي رضي الله عنه عقيلا فاخرج البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال كان علي رضي الله عنه يكره الخصومة
فكان اذا كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن ابي طالب فلما كبر عقيل وكلني واخرج عن علي رضي الله
عنه انه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة وقول المصنف رحمه الله لان الانسان قد يعجز الى اخره
بيان لحكمة شرعية الوكالة **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة
الى ذلك فانه ليس كل احد يهتدي الى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه او يندفع بها عنه
ما يدعيه الاخر ولذا يجوز التوكيل بايفاء الحقوق واستيفائها الا في الحدود والقصاص في النفس
وما دون النفس فان الوكالة لا يصح بايفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس وهذا
يتعلق بالاستيفاء فقط فالنهي مطلق اذ الايفاء ليس الا بتسليم ظهره او نفسه لاقامة الواجب
وليس ذلك الا من الجاني وليس هو الوكيل فكان ذلك قيدا في الاستيفاء وانما لا يجوز الاستيفاء
حال غيبة الموكل لانها اي الحدود والقصاص تندرئ بالشبهة وشبهة العفو ثابتة حال غيبته
بل هو الظاهر للندب الشرعي قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد
بالحد والقصاص فانه يستوفي في ذلك مع غيبته لان الشبهة فيه ليس الا الرجوع وليس قريبا
والظاهر ولا ظاهرا لا من جهة الاصل ولا الغالب لان الاصل الصدق خصوصا مع العدالة
والرجوع ليس غالبا بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف الا ما وقع عند علي رضي الله عنه والله
سبحانه اعلم هل ندر عند غيره وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها
حكم بخلاف الاستيفاء حال حضرة الموكل فان الوكالة به تجوز فان المستحق قد لا يحسن الاستيفاء
فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا في القصاص واما الحدود فان الذي يلي استيفاءها
الامام وقد لا يحسن فجاز توكيل الجلاد والا امتنع ثم لا يخفى ان تعليل المصنف المنع حالة الغيبة
بثبوت شبهة العفو انما يستقيم في القصاص دون الحدود لان العفو فيها لا يتحقق اصلا
كما اسلفناه في الحدود، ولو كان حد قذف وسرقة لان الحق صار لله سبحانه وحده حتى لو عفى
المسروق منه لا يلتفت اليه ويقطعه فالوجه ان يصح فيه ما يجري فيه امكان ظهور شبهة
او غلط فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فيؤخر الى ان يحضر نفس المستحق احتياطا للدرء

قوله وهذا الذي ذكرناه اي من جواز التوكيل باثبات الحدود من جهة المقذوف والمسروق
منه باقامة البينة على السبب قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثباتها وقول محمد
مضطرب تارة يضم الى ابي يوسف وتارة الى ابي حنيفة وظاهر كلام المصنف ترجيحه وكذا فعل في
المبسوط وقيل هذا الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف عند غيبة الموكل فلو وكل باثباتها وهو
حاضر جاز اتفاقا لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره لابي يوسف ان التوكيل انابة وشبهة
النيابة يحترز عنها في هذا الباب اي الحدود والقصاص حتى لا يثبت بالشهادة على الشهادة ولا
بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال
الغيبة ولابي حنيفة ان الخصومة شرط محض لثبوت الحد لان وجوبه انما يضاف الى نفس الجناية
لا الى الخصومة والظهور اي ظهور الجناية انما تضاف الى نفس الشهادة لا الى السعي في اثباتها
فكان السعي في ذلك حقا كساير الحقوق فيجوز لقيام المقتضي وانتفاء المانع وقوله ساير الحقوق
اي باقيها اي فيجوز الوكالة لهذا الحق كما في الحدود ولا حاجة الى التفسير بجميع الحقوق وهذا
على ما في صحاح الجوهري ثم تخطاته بانه انما هو بمعنى الباقي لا الجميع هذا وقد يمنع انتفاء المانع
فان هذه الخصومة ليس الا السعي في اثبات سبب الحد والاحتيال فيه ووضع الشرع الاحتيال
لاسقاطه فان قيل لو صح هذا لم يجز اثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لانه ساع الى اخره وذلك
محل الاجماع. قلنا الفرق ان الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لاثباته اذ الظاهر ان التوكيل
للاستيفاء به عليه لضعفه هو عن الاثبات والشرع اطلق في اثباته لا بذلك التكلف الزايد والتهالك
فيه بل اذا عجز ترك لانه صلى الله عليه وسلم قال للذين اسعوا ماعزا حين هرب لما اذلقته الحجارة
هلا تركتموه او نحو ذلك **قوله** وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحدود والقصاص
اجازه ابو حنيفة ومنعه ابو يوسف ولا شك ان كلام ابي حنيفة فيه اظهر منه بالوكالة باثباتها
لان الشبهة التي لها منع ابو يوسف هناك لا تمنع الدفع بل يقتضي ان يقول بجواز الوكالة بدفعه ثم
لا يخير للوكيل الاقرار على موكله كما هو قول ابي حنيفة فخلافه هنا عجيب والله اعلم ثم وجه عدم
صحة اقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره ان الوكالة بالخصومة انصرفت الى الجواب
مطلقا نوعا من المجاز فتعتبر عمومه فيما لا يندرئ بالشبهات وتخص منه الاعتراف فيما يندرئ
بها بالشرع العام في الدرء بالشبهات وفي اعترافه شبهة في عدم الامر به قوله وقال ابو حنيفة
لا يجوز التوكيل بالخصومة من قبل المدعي او المدعى عليه الا برضى الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او
غايبا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا وقالا يجوز ذلك بغير رضى الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله قال
المصنف رحمه الله ولا خلاف في الجواز انما الاختلاف في اللزوم ثم قالوا فعلى هذا قولنا لا يجوز التوكيل
الى اخره لا يلزم الا برضى الاخر وانكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب
ان المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلافه لك وساق عباراتهم فلم يزد على ما علم
من نحو قول القدوري المسطور هنا وهو لا يجوز التوكيل الا برضى الخصم وهم قد علموا ذلك ولم
يشكوا فيه وانما فسروه بذلك وسبق المصنف شمس الايمة الى ذلك فقال التوكيل بالخصومة عنده
بغير رضى الخصم صحيح لكن للخصم ان يطالب الخصم ان يحضر بنفسه ويجيب ونحو هذا كلام كثيرا ما يفيد ان المراد

ما ذكروه وسبب ذلك انه لما لم يعرف لاحد القول بانه اذا وكل فعلم خصمه فرضي لا يكون رضاه كافيا
في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجدد له وكالة اخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها
علموا ان المراد بلا يجوز الا برضاه انها لا تمضي على الاخر ولا يلزم عليه الا ان يرضى ومعنى هذا ليس الا
ان اللزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التاويل المذكور ومن العبارات التي نقلها ما عن ابي حنيفة
لا اقبل وكالة حاضر من صحيح الا ان يرضى خصمه وهي قريبة من التفسير المذكور والحاصل انه يجب القول
على ما ذكره القوم حتى انه اذا وكل فرضي الاخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل الى تجديد وكالة كما
هو لازم مما اعتبر من ظاهر العبارة لهما ان التوكيل بالخصومة في خالص حقه لان الخصومة حقه الذي
لا يصدعنه فاستنابته فيه تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضى غيره وصار كالتوكيل بغير ذلك
بتقاضي الديون وله ان جواب الخصم مستحق على خصمه ولاستحقاقه عليه يستحضره الحاكم قبل ان
يثبت له عليه شي ليجيبه عما يدعيه عليه وغاية ما ذكرتم انه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الانسان
في خالص حقه انما ينفذ اذا لم يتعد الى الاضرار بالغير ولا شك ان الناس يتفاوتون في الخصومة
كما صح قوله عليه السلام انكم تختصمون الي ولعل بعضكم ان يكون الحن بحجته من الاخر فاقضي له
فمن قضيت له بحق اخيه فانما هي قطعة من النار ومعلوم ان الوكيل انما يقصد عادة لاستخراج
الحيل والدعاوي الباطلة ليغلب وان لم يكن الحق معه كما افاده الحديث المذكور وفي هذا
ضرر بالاخر فلا يلزم الا بالتزامه وصار كالعبد المشترك اذا كاتبه احد الشريكين فانه تصرف في
خالص حقه ومع هذا لما كان متضمنا الاضرار بالاخر كان له فسخها وكمن استاجر دابة ليركبها
اجارته اياها تصرف في حقه ومملوكه ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الاضرار بالموجر اذ كان الناس
يختلفون في الركوب بخلاف ما قاسا عليه من التوكيل بتقاضي الدين فانه حق ثابت معلوم بقبضه
من غير ضرر على الاخر فيه فان القبض معلوم بجنس حقه وعلى المطلوب ان يقضي ما عليه وللقاضي حد معلوم
اذا جاوزه منع منه بخلاف الخصومة فان ضررها اشد من شدة التقاضي وعدم المساهلة في
القبض لتضمنها التحيل على اثبات ما ليس بثابت او دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه الا اذا كان
معذورا وذلك بسفره فانه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته او مرضه وتوكيل على غيره بالخصومة
ان لم يقبل فيه استرضاء الخصم لم يقبل عدمه فهو جاير الوقوع فلا يدل لاحد قال شمس الايمة والذي
نختاره ان القاضي اذا علم من المدعي التعنت في اباء التوكيل يقبله من غير رضاه واذا علم من الموكل القصد
الى الاضرار بالتوكيل لا يقبله الا برضى الاخر فيتصل دفع الضرر من الجانبين ثم ذكر في حد المرض
بان لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على انسان لكن يزداد مرضه صح التوكيل وان لم يزدد
اختلفوا فيه والصحيح ان له ان يوكل لان نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج فلا يلزم به ولا يلزم
التوكيل من المسافر بكلامه من الحاضر عند ارادة السفر غير ان القاضي لا يصدقه في دعواه ارادته
فينظر الى زيه وعدة سفره ويسئله مع من يريد ان يخرج فيسال رفقاه عن ذلك كما اذا اراد
فسخ الاجارة بعذر السفر فانه لا يصدقه اذا لم يصدقه الاخر فيسال كما ذكرنا فان قالوا نعم تحقق
العذر في فسخها **قوله** ولو كانت المراة مخدرة قال الرازي وهو الامام الكبير ابو بكر الجصاص
احمد بن علي الرازي يلزم التوكيل منها لانها لو حضرت لم تستطع ان تنطق بحقها لحيايها فيلزم توكيلها

او بصيح حقها قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعني اما على ظاهر اطلاق الاصل وغيره
عن ابي حنيفة لا فرق بين البكر والثيب المخدرة والمبرزة والفتوى على ما اختاروه من ذلك وحينئذ
تخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس الا لفائدة انه المبتدي بتفريع ذلك وتبعوه ثم ذكر في النهاية
في تفسير المخدرة عن البزدوي انها التي لا يراها غير المحارم من الرجال اما التي جليت على المنصة فراها
الرجال لا تكون مخدرة وليس هذا الحق بل ما ذكره المصنف من قوله وهي التي لم تجر عادتها بالبروز
فاما جلوسها على المنصة فقد تكون عادة لعوام فتفعله بها والدهاء لم يعتد لها بروز ومخالطة
في قضاء حوائجها بل تفعله لها غيرها لزم توكيلها لان في الزامها بالجواب تضييع حقها وهذا
شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى ثم اذا وكلت فلزمها يمين بعث الحاكم اليها ثلاثة من العدول
يستحلفها احدهم ويشهد الاخران على يمينها او نكولها وفي ادب القاضي للصدر الشهيد اذا
كان المدعى مريضا او مخدرة وهي التي لم يعهد لها خروج الا لضرورة فان كان القاضي مأذونا
بالاستخلاف بعث نائبا يفصل الخصومة هناك وان لم يكن بعث امينا وشاهدين يعرفان المرأة
والمريض فان بعثهما يشهدان على اقرار كل منهما وانكاره مع الامين لينقلاه الى القاضي ولا بد للشهادة
من المعرفة فاذا شهدا عليهما قال الامين وكل من يحضر خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند
القاضي باقراره او نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل ولو توجه يمين على احدهما عرضه الامين
عليه فان ابى الحلف عرضه ثلثا فاذا نكل امره ان يوكل من يحضر المجلس ليشهدا على نكوله بحضرته
فاذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله قال السرخسي هذا اختيار صاحب الكتاب
فانه لا يشترط للقضاء بالنكول ان يكون على اثر النكول فاما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء
بذلك النكول فقال بعضهم الامين يحكم عليها بالنكول ثم ينقله الشاهدان الى القاضي مع
وكيلها فيمضيه القاضي وقال بعضهم يقول القاضي للمدعي اتريد حكما يحكم بينكما بذلك ثمة
فاذا رضي بعث امينا بالتحكيم الى الحكم يخبره بذلك فاذا رضي بحكمه وحكم فان كان مما لا اختلاف فيه
نفذ وان كان فيه خلاف توقف على امضاء القاضي والقضاء بالنكول مختلف فيه فاذا امضاه
نفذ على الكل وفي الذخيرة من الاعذار التي توجب لزوم التوكيل بغير رضى الخصم عند ابي حنيفة
حيض المرأة اذا كان القاضي يقضي في المسجد وهذه على وجهين ان كانت طالبة قبل منها التوكيل
بغير رضاه او مطلوبة ان اخرها الطالب الى ان يخرج القاضي من المسجد لا تقبل توكيلها بلا رضى الطالب
ولو كان الموكل محبوسا فعلى وجهين ان كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بلا رضاه لان القاضي
يخرجه من السجن ليخاصم ثم يعيده وان كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج للخصومة يقبل
منه التوكيل **قوله** ومن شرط الوكالة ان يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الاحكام فهذان
شرطان للوكالة في الموكل قيل انما يستقيم الاول على قولهما اما على قوله فلا لانه لا يجيز توكيل المسلم
الذمي ببيع خمر او شرائها والمسلم لا يملكه بالشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل
به **واجاب** بعضهم بان المراد بملكه للتصرف ان يكون له ولاية شرعية في جنس التصرف باهلية
نفسه بان يكون عاقلا بالغا وهذا حاصل في توكيل المسلم للذمي ببيع خمر وشرائها ثم حمله على ما
هذاه لذلك وهو خطأ اذ يقتضي ان لا يصح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ والبين يصح بل اذا وكل

الصبي

الصبي المأذون يصح بعد ان يعقل معنى البيع واورد عليه ما اذا قال بع عبدي هذا بعبد او اشتر
به عبدا صح التوكيل مع انه لا يصح مباشرة الموكل لمثل هذا كما لو قال لغيره بعتك عبدي هذا بعبد
او اشتريت هذا منك بعبد لا يجوز **واجيب** بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهالة فانما تمنع في
المباشرة لا التوكيل وذلك لانها انما تمنع لافضائها الى المنازعة لا لذاتها ولذا لو باع في بعض البيوع
كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر او شرائه وجهالة الوصف لا تفضي اليها في التوكيل لانه ليس بامر
لازم بخلاف المباشرة للزومها ثم اذا صح التوكيل بذلك فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز
كما لو اشترى الموكل بنفسه او بعينه ان كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن او اقل بما لا يتغابن فيه لا يجوز
وكذا في الوكالة ذكره في الذخيرة ولا يخفى ان قوله فان كان بالشراء فاشترى عبدا بغير عينه لا يجوز
كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على اطلاقه لما عرف من مذهبنا في شراء احد العبدين والثوبين
او الثلاثة بغير عينه على ان ياخذ ايهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية واما
الشرط الثاني وهو قوله ويلزمه الاحكام فلان الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل
يملكه ثم قيل هو احتراز عن توكيل الوكيل فان الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك فلا يصح توكيله
الا ان يصرح به حقيقة او معنى كما سنذكر **وقيل** بل عن الصبي والعبد المحجورين فانهما لو اشتريا شيا
لا يملكانه فلا يصح توكيلهما وصح واورد على الوجه انه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب انه يملك التصرف
فيملكه **والجواب** ان ملكه شرط جواز تمليكه لا علته فلا يلزم من وجوده الوجود فجاز ان لا يوجد
عند وجود الشرط لفقد شرط اخر كما مع فقد العلة **قوله** ويشترط الى اخره ما تقدم شرط الوكالة
في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده اي يعقل معناه اي ما يلزم
وجوده من انه سالب بالنسبة الى كل من المتعاقدين جالب الى كل منهما فيسلب عن البايع ملك المبيع
ويجلب له ملك البدل وفي المشتري قلبهما ويقصده لفائدته وقول بعضهم ان هنا الشرط احتراز
عن الهزل يعني انه من شرط الوكالة ان لا يهزل الوكيل في البيع والشرا اي ارتباط بين صحة الوكالة
وكون الوكيل هزل في بيع ولو كان في بيع ما وكل ببيعه غايته ان لا يصح ذلك البيع والوكالة صحيحة
وخرج به الصبي الذي لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة احدهما وانما اشترط ذلك في التوكيل
لانه قائم مقام الموكل في العبارة والموكل لا يصح عقده وعبارته به الا اذا كان يعقل ذلك ولما
زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه نعم ان وكله بان يبيعه لا بغبن فاحش
فحينئذ ينبغي ان تصح الوكالة ويشترط في صحة بيع الوكيل ان يعرفه قبل بيعه **قوله** واذا وكل
الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز واطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين
في التجارة لاجتماع الشروط وهي ملك الموكل التصرف ولزوم الاحكام وعقلية الوكيل معنى العقد
ولم يذكر العقل مع البلوغ لان اشتراط العقل يعرفه كل احد ومعلوم ايضا ان قوله مثلهما
ليس بقيد بل مثلهما او اعلا كما لو انهما كتوكيل العبد المأذون حرا ودونهما كتوكيل الحر البالغ عبدا
مأذونا **قوله** وان وكل صبيا محجورا عليه يعقل البيع والشرا او عبدا محجورا عليه جاز ولا يتعلق
الحقوق بهما بل بموكلهما هذا الكلام منطوق ومفهوم فمنطوقه ظاهر ووجه ما ذكر المصنف من
ان الصبي اي العاقل من اهل العبارة حتى ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد في كل التصرف في حق نفسه

مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا من الموكل في حقه الا انه لا يصح منهما التزام
العهدة فالصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده فيلزم الموكل ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق
بالعبد مستحق السيد انه لو اعتق بعد ان باشر الشرا لزمته الحقوق بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم
بلغ لا يرجع اليه واما مفهومه فهو ان الوكيل لو كان صبيا ماذونا او عبدا ماذونا تعلقت الحقوق بهما
لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلا في الذخيرة قال ان كان الوكيل صبيا ماذونا فان وكل بالبيع بثمن
حال او مؤجل فباع لزمته العهدة او بالشراء ان كان بثمن مؤجل لا يلزمه العهدة قياسا واستحسانا
فيطالب البائع بالثمن الآمر لا الصبي وذلك لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن لما يفيد
الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن انما التزم ما لا عن موكله استوجب مثله
في ذمته وهو معنى الكفالة والصبي الماذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان الكفالة واما اذا وكله
بالشراء بثمن حال فالقياس ان لا يلزمه العهدة وفي الاستحسان يلزمه لان للصبي ملكا حكميا في
المشتري فانه يحبسه بالثمن عن الموكل حتى يوفيه كالو اشتري لنفسه ثم باع منه والصبي الماذون
من اهل ان يلزمه ضمان الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه ما يضمن من الثمن لا يملك المشتري
لا حقيقة ولا حكما فانه لا يحبسه عن الموكل الى الاستيفاء والعبد اذا توكل على التفصيل ثم اعلم ان
الصبي والعبد المحجورين وان لم يتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمهما المبيع اعتبار لما ذكرنا
في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل
فيصح قبضه وان لم يتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد وفي المبسوط وان كان المامور مرتدا
جاز بيعه لانه من اهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند ابي حنيفة فان اسلم كانت
العهدة عليه والا فعلى الآمر وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات
المرتد لنفسه بيعا وشرا ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق والرسول في
القاضي وامينه **قوله** والعقود . تم ذلك بحمد الله وعونه . وصلى الله على سيد
محمد واله وصحبه وسلم .